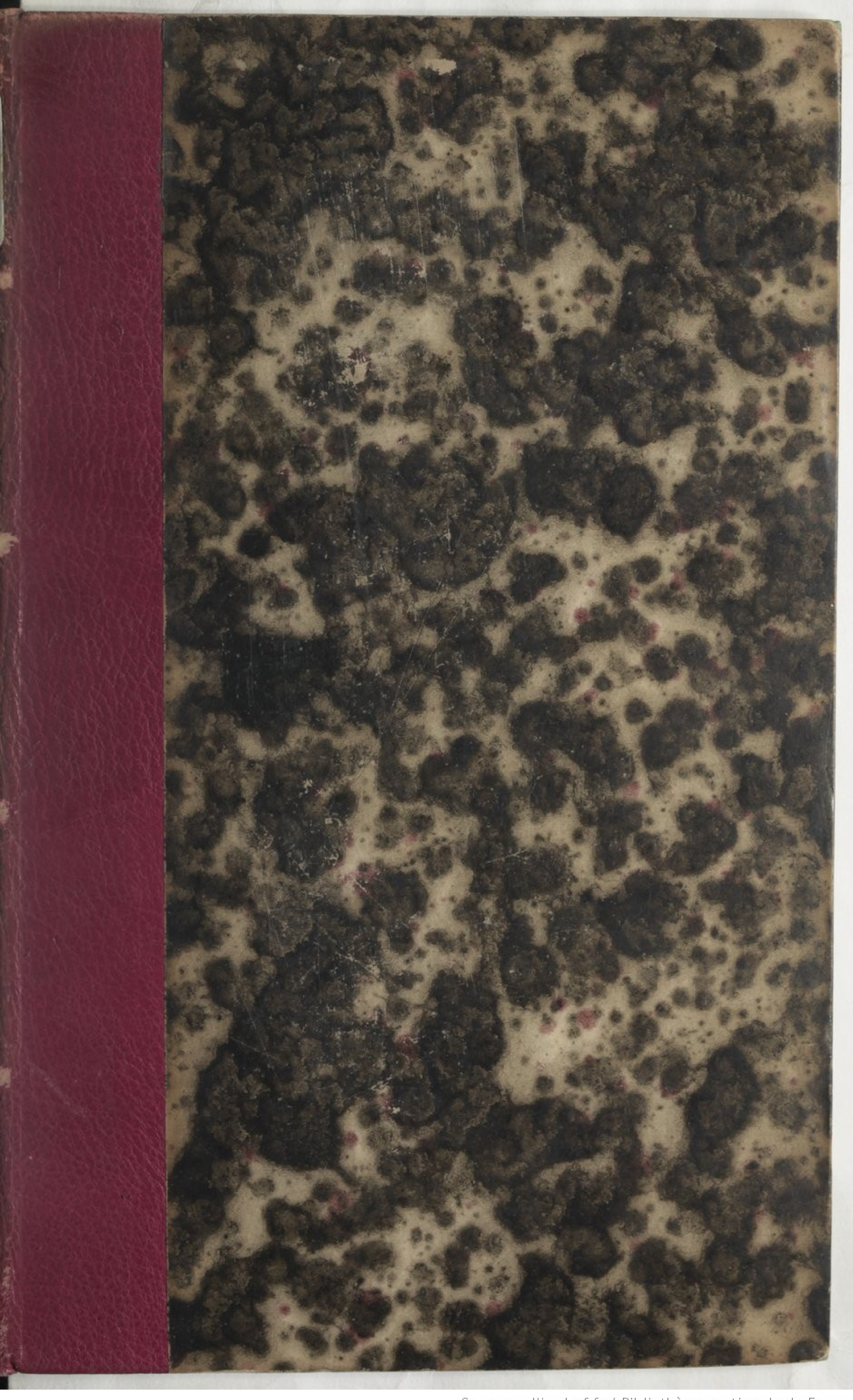
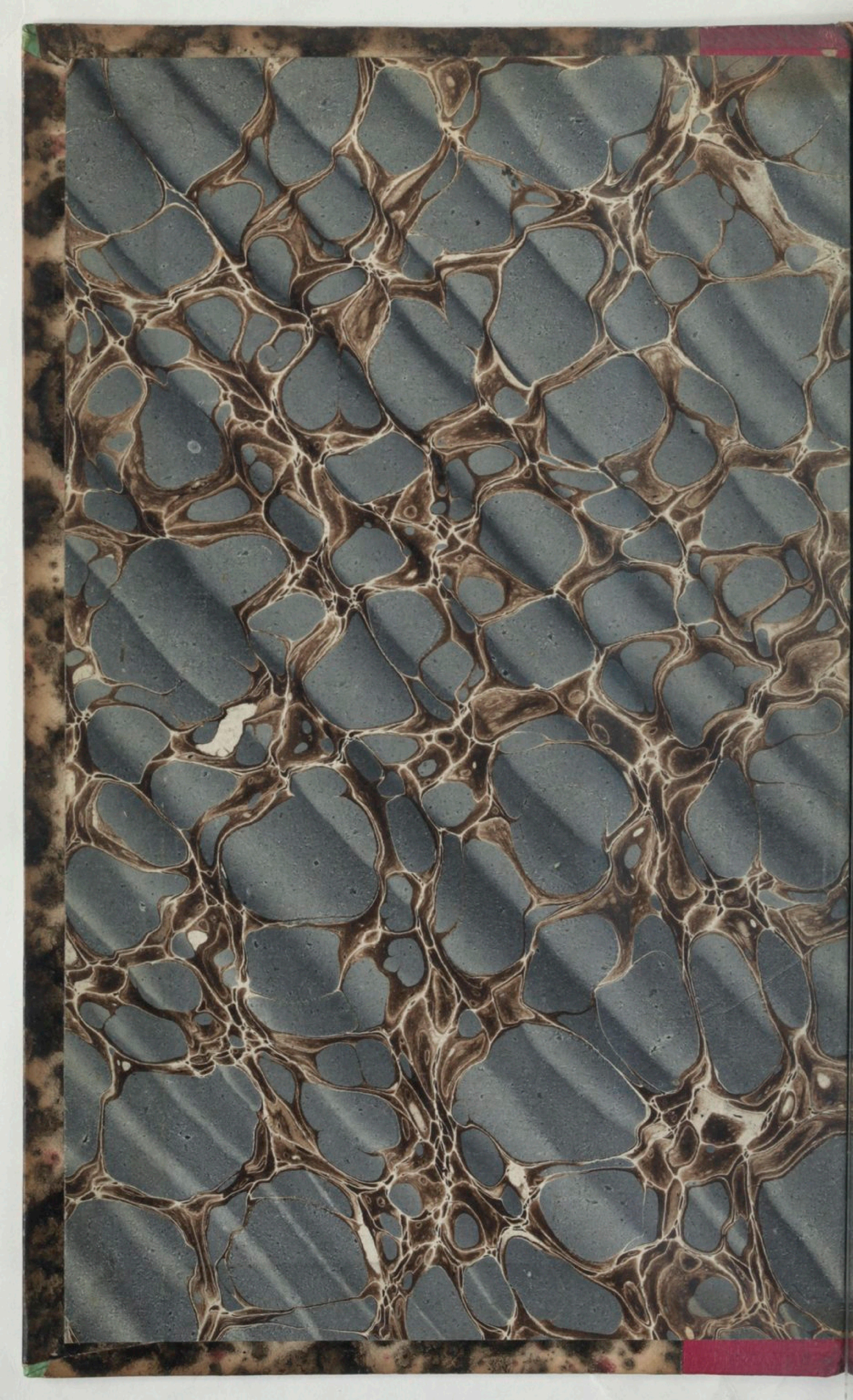
Jurisprudence et style du notaire... par MM. A.-J. Massé,... A.-J. Lherbette,...


BnF Gallica







F

JURISPRUDENCE

ET

STYLE DU NOTAIRE.

LOTTIN DE S.-GERMAIN, IMPRIMEUR DU ROI.

JURISPRUDENCE

ET

STYLE DU NOTAIRE.

CONTENANT :

1°. LA JURISPRUDENCE DES ARRÊTS ; 2°. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES ; 3°. LE STYLE OU FORMULAIRE.

A L'USAGE DES NOTAIRES.

PAR MM. A.-J. MASSÉ, Notaire honoraire à Paris, et ancien Professeur de Notariat à l'Académie de Législation ;
A.-J. LHERBETTE, Docteur en Droit, et ancien Magistrat.

TOME II. JURISPRUDENCE DES ARRÊTS.





PARIS,

Chez B. WARÉE, oncle, Libraire de la Cour Royale, cour de la Sainte-Chapelle, n°. 13.
B. WARÉE, fils aîné, Libraire au Palais de Justice.

M. DCCC. XXIII.

JURISPRUDENCE
ET
STYLE DU NOTAIRE.

PREMIÈRE PARTIE.
Jurisprudence des Arrêts.

SUITE DU LIVRE PREMIER DU CODE CIVIL.
Des Personnes.

TITRE DEUXIÈME.
Des actes de l'état-civil.

316. Les actes de l'état civil sont ainsi appelés parce qu'ils sont destinés à constater l'état des personnes, dans la société civile, sous les divers rapports d'âge et de sexe, de filiation légitime ou illégitime, naturelle ou adoptive, de mariage contracté ou dissous, de vie ou de mort naturelle ou civile.

317. Avant la loi du 20 septembre 1792, les curés tenaient en France les registres des naissances, mariages et décès (*Voyez* les art. 50 et 51 de l'ordonnance d'août 1539, l'art. 81 de l'ordonnance de Blois, le titre 20 de l'ordonnance de 1667, et la déclaration du Roi du 9 avril 1736).

La loi du 20 septembre 1792 statua (art. 1er.) que, « les municipalités recevraient et conserveraient à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès » ; et fit (tit. 6, art. 5) « défenses à toutes autres personnes de s'immiscer dans la tenue de ces registres et dans la réception de ces actes ». Mais elle déclara, en même tems (art. 8) « qu'elle n'entendait ni innover ni nuire à la liberté qu'ont tous les citoyens de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres de ce culte ».

La loi du 28 pluviose an VIII, en supprimant les corps municipaux, chargea expressément les maires des fonctions d'officiers de l'état civil. Leurs adjoints mêmes ne peuvent les remplacer dans ces fonctions que par une délégation spéciale de leur part.

Le Code civil, en réglant les formalités des actes de l'état civil, n'a rien changé à cet égard, aux attributions des maires.

318. On rencontre fréquemment, dans les anciens registres de l'état civil tenus par les curés, des actes qui constatent seulement le jour du baptême, et non celui de la naissance. Les Notaires, qui, en rédigeant des certificats de vie, sont

tenus d'exprimer le jour de la naissance, peuvent éprouver de l'embarras au sujet de cette omission. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a fixé la règle qu'il convient de suivre. Quand l'acte de baptême ne constate point le jour de la naissance, la présomption légale est que la personne est née le jour où elle a été baptisée. Ainsi jugé à l'égard d'un juré, dont l'âge a été, d'après ce principe, estimé n'avoir été que de trente ans moins un jour lors de la déclaration du jury dont il faisait partie (*Cass.*, sect., crim., 19 prairial an XII, cassant un jug. du trib. de la Dyle. *Sirey*, tom. IV, 2ᵉ. part., pag. 140). Il faudrait cependant excepter le cas où cette présomption légale, serait détruite par des circonstances, telles que le baptême donné à une personne par suite de sa conversion à la religion chrétienne, ou parce que ce sacrement n'aurait pu lui être conféré dans le lieu de sa naissance. Au surplus il est convenable que le Notaire exprime ainsi la naissance, *baptisé* le tel jour, *et présumé né le même jour*, *son acte de baptême ne faisant point mention du jour de sa naissance.*

319. Si les père et mère ou autres ascendans, dont le consentement est requis, ou dont le conseil doit être demandé, pour la validité du mariage, ne sont pas présens à l'acte civil du mariage, les époux doivent produire à l'officier de l'état civil l'acte authentique de ce consentement, ou, à défaut, faire les autres justifications qui peuvent y suppléer, et qu'il n'entre pas dans notre sujet d'expliquer ici. Il est hors de doute que l'acte au-

thentique de consentement, dont les formes sont réglées par l'art. 73 du Code civil, peut être fait par devant Notaires.

Une difficulté, dont nous allons rendre compte, a fourni le sujet d'une cause jugée par la Cour royale de Riom. Elle était facile à résoudre. On sait que, en cas de dissentiment entre les père et mère pour le mariage de leurs enfans, le consentement du père suffit (art. 148 du Code civil), et qu'il en est de même du consentement de l'aïeul, en cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne (art. 150). On mettait en question si ce défaut de consentement de la mère ou de l'aïeule devait être constaté par une demande en forme d'acte respectueux; l'affirmative a été décidée avec raison. Autrement, en effet, le but de la loi ne serait pas atteint; l'enfant aurait été privé de l'occasion de conseils, qui peuvent lui être utiles, et il aurait manqué au respect que la loi lui impose envers sa mère et son aïeule, comme envers son aïeul et son père. La mère ou l'aïeule sont donc en droit de former opposition au mariage, et de l'empêcher jusqu'à ce que ces formes aient été remplies (Riom, 30 juin 1817, *Sirey*, tom. XVIII, 1re. part., pag. 41).

TITRE TROISIÈME.

Du domicile.

Du domicile politique. — Du domicile civil.

On distingue deux sortes de domiciles : le domicile politique et le domicile civil.

CHAPITRE PREMIER.

Du domicile politique.

320. *Sa définition; comment il se transfère d'un lieu à un autre.*
321. *La résidence dans le lieu de ce domicile n'est pas requise; il suffit d'y être imposé aux contributions.*

320. Le domicile politique est le lieu choisi par un citoyen pour exercer, soit dans la commune de ce lieu, soit dans l'arrondissement ou le département dont elle dépend, les fonctions ou actes politiques qui lui sont ou peuvent lui être départis. Il est indépendant du domicile civil; et il ne se transfère d'une commune à une autre qu'en vertu de déclarations expresses (Décret du 17 janvier 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 254).

321. Il n'est pas nécessaire d'avoir une résidence dans le lieu où l'on élit son domicile politique. Il suffit d'y être imposé aux contributions. Et en effet, le but de la loi qui permet de fixer son domicile politique dans un autre lieu que celui de son domicile civil, a été de procurer au Gouvernement plus de facilité pour faire de bons choix dans les départemens éloignés, ou dans les communes dont la population ne lui offrirait pas, à cet égard, autant de ressources que les grandes villes (*Voyez* l'avis du Conseil-d'Etat des 25 et 27 vendémiaire an XI. *Sirey*, tom. III, 2e. part., pag. 37). Cette loi offre de plus aujourd'hui l'avantage aux électeurs d'exercer leurs droits d'élection,

dans un autre lieu que celui de leur domicile civil, et aux éligibles de se présenter comme candidats dans un collége où ils ont le plus d'espoir d'être nommés.

CHAPITRE II.

Du domicile civil.

De sa définition et de sa division. — Du domicile réel. — Du domicile d'élection.

322. *De la définition et de la division du domicile civil.*

322. Le domicile civil est celui que l'on est censé avoir choisi pour ses affaires civiles.

Il est réel ou d'élection.

Le domicile réel d'une personne est celui où elle a son principal établissement (102, C. C.)

Le domicile d'élection est celui qu'elle a choisi pour l'exécution d'un acte (111, C. C.).

SECTION PREMIÈRE.

Du domicile réel.

323. *Lieu du domicile civil.*

324. *Du domicile civil de la femme non séparée de corps.*

325. *Des conditions requises pour opérer le changement de domicile.*

326. *Le changement de domicile, opéré pendant le cours d'une instance, mais non dénoncé, n'empêche pas la validité des assignations à l'ancien domicile.*

327. *En matière d'ouverture de successions, on est plus difficile sur la preuve de l'intention de changement de domicile, supposée au défunt. On présume aisément qu'il avait l'esprit de retour.*

323. Le domicile civil est, d'après ce qui précède, au lieu du domicile réel tant que, par une élection expresse, il n'est pas indiqué en un autre lieu.

Ainsi, le lieu où une personne exerce ses droits politiques, et a le siége de ses propriétés, n'est pas réputé le lieu de son domicile civil, si cette personne fait sa résidence habituelle et paie sa contribution personnelle et mobilière dans une maison située ailleurs. A plus forte raison, si cette maison lui appartient. Il ne faut pas en effet que les tiers puissent être trompés par les apparences extérieures, les seules propres à leur faire juger d'un fait tel que le domicile réel (Paris, 13 mai 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 41.— *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 55).

324. Le domicile de la femme est celui de son mari; ensorte que, bien qu'une femme non séparée de corps soit reconnue avoir vécu, dans un autre habitation que celle de son mari, depuis nombre d'années avant son décès; cependant le lieu de cette habitation ne sera pas réputé être celui de l'ouverture de la succession de la femme; et les héritiers, quoiqu'ils aient fait acte d'héritier devant les juges de l'habitation, pourront toujours recourir aux juges du domicile du mari pour les affaires de la succession (*Cass.*, sect. des req., 26 juillet 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 1.—*Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 481.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 471).

325. Le changement de domicile n'a point lieu vis-à-vis des tiers lorsque, en transportant son

domicile ailleurs, on n'a pas clairement manifesté pour eux l'intention de ce changement.

D'après ce principe, la déclaration faite à la municipalité, qui peut bien prouver en thèse générale l'intention de changer son domicile, est insuffisante pour avertir les tiers, quand il ne s'y joint pas un transport réel du domicile dans le nouveau lieu choisi. C'est d'ailleurs ce qui résulte évidemment des art. 103 et 104 du Code civil, combinés ensemble (Bordeaux, 10 août 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 72).

Mais s'il y a transport réel du domicile, l'intention pourra se prouver par toutes circonstances propres à la démontrer (*Voyez* l'art. 105 du C. C.). Le paiement, pendant un nombre d'années consécutives, de la contribution personnelle au lieu de la nouvelle résidence, sera, par exemple, une preuve suffisante de cette intention; si d'ailleurs il n'est articulé aucun fait positif tendant à faire présumer le retour ou l'esprit de retour à l'ancien domicile (*Cass.*, sect. des req., 19 mars 1812, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Brives. J. P., 1er. de 1813, pag. 22. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 22. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 552). Il y avait, dans l'espèce, sept années payées de contribution personnelle; et il s'agissait de déterminer le lieu de l'ouverture de la succession de la personne dont on contestait le changement de domicile.

Au reste, le Code civil ni « les lois romaines, disait la Cour de Limoges, ne déterminent aucun tems pendant lequel il soit nécessaire d'ha-

biter le nouveau lieu, à l'effet d'acquérir un domicile ; ainsi une résidence, quelque courte qu'elle soit, est suffisante, lorsqu'elle est jointe à l'intention d'y fixer son domicile » (1er. septembre 1813, J.P., 1er. de 1814, pag. 359. — *Sirey,* tom. XIII, 2e. part., pag. 353). L'art. 103 du Code civil ne laisse aucun doute à cet égard ; et si, au titre du mariage (art. 167), nous voyons que le futur époux quand il n'a que six mois de résidence dans son nouveau domicile, doit faire en outre les publications à son dernier domicile, cette décision est particulière aux formes du mariage, et ne doit pas être étendue à d'autres cas. La jurisprudence ancienne était conforme au principe posé par la Cour de Limoges dans l'arrêt sus-énoncé. On citait dans cette cause Denisart qui, au mot *domicile*, n°. 19, dit « qu'un seul jour de demeure dans un lieu, avec intention d'y fixer un domicile suffit pour l'établir »; d'Argentré sur la coutume de Bretagne 449, qui dit aussi : « *Uno solo die constituitur domicilium, si de voluntate appareat, sin dubium est* » : et enfin la maxime *domicilium potiùs est animi quàm facti.*

D'après la même règle, la Cour de cassation a jugé que l'art. 6 de la constitution de l'an VIII, qui ne réputait le domicile acquis que par une année de résidence à partir du jour de la déclaration faite à la municipalité, s'appliquait seulement au domicile politique, et que le domicile civil, est acquis dès l'instant de la résidence, pourvu que l intention en soit manifeste et connue (28 floréal an X, sect. des req., cassant un

arrêt de la Cour de Toulouse. *Sirey*, tom. II, 1re. part., pag. 263. — 12 vendémiaire an XI, sect. des req., J. P. 1er. de l'an XI, pag. 145. — *Sirey*, tom. III, 1re. part., pag. 21).

326. Mais de cette nécessité que l'intention soit connue, résulte aussi la règle que si, pendant une instance, l'une des parties change de domicile sans le dénoncer à l'autre, les significations postérieures faites au premier domicile sont valables. (*Cass.*, 16 fructidor an XII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 31. — Turin, 19 mai 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 650. — Bruxelles 29 juin 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 153). Dans l'espèce de ce dernier arrêt, il y avait notification du changement de domicile, mais sans indication du nouveau.

327. Toutes les fois qu'une personne décède après avoir transporté son domicile en un autre lieu, les Cours se montrent plus difficiles sur la preuve de l'intention; d'abord parce qu'il y manque, à la différence des autres causes, le témoignage oral de la personne même; et ensuite parce que comme il ne s'agit alors que de décider le lieu de l'ouverture de la succession, il n'y a plus ni le même intérêt, ni les mêmes droits personnels de la défense à respecter. Aussi avons-nous vu que l'intention relative au changement de domicile avait été contestée dans une cause où la personne décédée avait cependant payé depuis sept ans sa contribution personnelle et mobilière dans le nouveau lieu de sa résidence. La présomption serait encore plus difficilement

admise si un Français passant dans les colonies venait à y décéder. Et elle a été tout a fait rejetée dans une cause où le Français revenant des colonies était décédé en mer, la présomption contraire de l'esprit de retour s'étant ainsi vérifiée par le fait même. Vainement y aurait-il fait une longue résidence et des affaires importantes. La présomption légale d'un voyage aussi lointain, comme d'un voyage à l'étranger, est toujours qu'il est fait avec l'esprit de retour (Paris, 3 août 1812. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 446. — Paris, 30 juillet 1811. J.P., 1er. de 1812, pag. 267. — *Sirey* tom. XII, 2e. part., pag. 5). La Cour de cassation l'a ainsi décidé à l'égard d'un voyage à l'étranger, entrepris pour des opérations de commerce (25 août 1813, sect. civ., cassant un arrêt de la Cour de Caen. J. P. 2e. de 1815, pag. 301. — *Sirey*, tom. XV, 1re part., pag. 131).

SECTION II

Du domicile d'élection.

328. *L'élection de domicile est attributive de juridiction.*

329. *Mais non, en matière civile, la convention du lieu pour le payement.*

330. *La faculté d'assigner au domicile élu passe aux héritiers, aux cessionnaires, à tous les ayant cause de la personne.*

331. *De l'étendue du pouvoir donné au mandataire d'élire domicile.*

332. *De l'étendue de la clause d'élection de domicile pour l'exécution d'un contrat.*

333. *A moins de stipulation contraire, l'élection de domicile laisse la faculté d'assigner au domicile réel.*

334. *L'élection de domicile fait dans un contrat ne peut être révoquée, ni changée sans le consentement de l'autre partie.*

335. *L'obligation imposée par la loi au conservateur de prendre inscription d'office pour le vendeur ne l'autorise pas à élire domicile pour celui-ci.*

336. *Les significations relatives à la saisie immobilière peuvent être faites au domicile élu par l'obligation.*

337. *L'élection de domicile dans le domicile réel conserve son effet, même après le changement de domicile réel.*

328. « Lorsqu'un acte, dit l'art. 111 du Code civil, contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile ».

L'élection de domicile, dans l'ancien droit, faisait bien que le créancier pouvait signifier valablement au domicile élu par le débiteur tous actes et exploits relatifs à l'exécution de l'acte. Mais la question de savoir s'il pouvait aussi l'assigner au tribunal du lieu du domicile d'élection, ou, en d'autres termes, si l'élection de domicile était attributive de juridiction, éprouvait quelques difficultés, parce que cette attribution semblait contraire à la maxime reçue alors, « que les juridictions étant de droit public, les particuliers ne pouvaient y déroger par de simples conventions ». Mais le droit nouveau permettant de choisir ses juges (art. 59 du Code de procédure civile), par une simple élection de domicile dans le

contrat, la question ne souffre plus de controverse ; et, suivant les principes que nous avons exposés sur l'effet non rétroactif des lois, les art. 59 du Code de procédure civile, et 101 du Code civil doivent être considérés comme interprétatifs de l'ancien droit, puisqu'alors la question était controversée, et que plusieurs auteurs d'un grand poids la décidaient conformément au droit nouveau (Voyez *Répertoire de jurisprudence*, v°. *Déclinatoire*, §. 1). D'ailleurs, elle avait été jugée ainsi par la Cour de cassation, antérieurement aux nouveaux Codes (sect. civ., 25 germinal an X, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai. J. P., 2e. de l'an X, pag. 343. — *Sirey*, tom. II, 2e. part., pag. 553). La clause d'élection de domicile insérée dans les anciens contrats doit donc être exécutée aujourd'hui dans le même sens qu'elle le serait si elle eût été stipulée sous le droit nouveau (Paris, 28 juillet 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 373. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 130).

329. En matière civile, à la différence des matières de commerce, l'élection de domicile, pour être attributive de juridiction, doit être expresse, et ne peut se suppléer par la stipulation que le paiement de l'obligation ou de l'effet sera fait en un lieu déterminé (*Cass.*, sect. civ., 29 octobre 1810, cassant un arrêt de la Cour de Lyon. J. P., 1er. de 1811, pag. 209. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 378. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 506).

330. La faculté d'assigner au domicile élu par

un contrat n'est pas exclusivement attachée à la personne des contractans. Elle est un droit accessoire au droit principal, et elle le suit en quelques mains que passe ce droit. Ainsi, elle passe aux héritiers et aux cessionnaires. Les créanciers mêmes qui exercent les droits de leur débiteur peuvent user de cette faculté (Colmar, 5 août 1809. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 369).

331. Le pouvoir donné au mandataire d'élire domicile pour le mandant équivaut-il, après la signification qui en est faite, à une élection de domicile par le mandant chez le mandataire, tant que celui-ci n'a pas fait lui-même usage de ce pouvoir pour élire domicile en un lieu déterminé? On sent que c'est ici plutôt une question d'interprétation de clause, qu'une véritable question de droit, et qu'elle dépend par conséquent des circonstances qui peuvent faciliter cette interprétation. Au surplus, elle a été jugée deux fois pour l'affirmative, et nous n'avons pas trouvé d'arrêts contraires (*Cass.*, sect. civ., 22 juin 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 910. — *Id.*, sect. des req., 24 juin 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles. J. P., 3e. de 1807, pag. 5. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 39.—*Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 450). Le motif de ce second arrêt est ainsi conçu : « Attendu que le tribunal a constaté en point de fait qu'Auguste d'Hanins avait donné pouvoir à Valmoden d'élire pour lui un domicile judiciaire ». Nous approuvons ces arrêts ; car, bien qu'on puisse objecter que, en thèse

générale, cette clause laisse seulement au mandataire la faculté de décider si le changement de domicile est utile, et que, tant qu'il ne l'a pas décidé par une option, les choses doivent rester dans le même état, cependant il est vrai de dire que par ce pouvoir le mandant annonce assez l'intention de ne plus recevoir de significations à son propre domicile, mais à celui que son mandataire élirait, soit tacitement chez lui, soit expressément, dans un autre lieu.

332. L'effet des clauses, surtout dérogatoires à un principe général, ne doit pas être étendu au de-là de ce que comporte leur sens. Ainsi, l'élection de domicile pour l'exécution d'un contrat, ne s'étend pas à l'exécution des jugemens rendus par suite ou à l'occasion de ce contrat, ni par conséquent à leur signification (*Cass.*, sect. civ., 29 août 1815, cassant un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 1er. de 1816, pag. 265. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 430. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 516. — Agen, 6 février 1810. J. P., 3e. de 1811, pag. 376.—*Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 193. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 1[illegible]. —Colmar, 20 mars 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 237).

Le domicile élu pour l'exécution d'une obligation n'est pas même présumé élu pour recevoir la signification du transport de cette obligation (Bruxelles, 30 novembre 1809. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 247).

C'est par suite de cette distinction, et par application de l'art. 147 du Code de procédure

civile, que les Ministres de la justice et des finances ont décidé que les jugemens qui ordonnent la radiation des inscriptions hypothécaires doivent être signifiés au domicile réel et non au domicile élu des créanciers inscrits (21 juin et 5 juillet 1808. *Sirey*, tom. X, 2ᵉ. part., pag. 499).

333. L'élection de domicile étant réputée faite, à moins de stipulation contraire, en faveur de l'autre ou des autres contractans, ne leur impose point l'obligation, mais leur donne seulement la faculté d'assigner au tribunal du domicile élu, ou de faire à ce domicile les significations relatives à l'exécution du contrat. Ils peuvent donc, si bon leur semble, faire ces significations au domicile réel (*Cass*, sect. des req., 23 ventose an X, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. *Sirey*, tom. II, 2ᵉ. part., pag. 408. — *Denevers*, tom. Iᵉʳ., pag. 443).

334. Cette élection de domicile, qui, dans des actes de procédure, n'est qu'une déclaration unilatérale, est au contraire, dans les contrats, une convention synallagmatique, arrêtée entre les parties, proposée par l'une et agréée par l'autre; d'où il suit que cette élection de domicile ne peut être révoquée sans le consentement de l'autre partie (Paris, 27 août 1812. J. P., 3ᵉ. de 1812, pag. 107. — Autre arrêt du 8 février 1813. J. P., 3ᵉ. de 1813, pag. 64) et qu'elle ne pouvait même, sans ce consentement, être transférée d'un lieu dans un autre, parce que cette convention a pour objet d'éviter l'embarras des significations éloi-

gées et d'être attributive de juridiction aux tribunaux du lieu désigné (art. 60, C. de procéd.)

Cependant, il ne faut pas adopter ce principe avec une rigueur minutieuse, où il deviendrait gênant par sa trop grande sévérité, inutile par la futilité de son application, ridicule par son manque de motif : il ne faut pas décider, par exemple, que le domicile élu par une partie dans une maison d'une ville ne puisse, sans le consentement des autres parties, être transféré, par une simple dénonciation, dans une autre maison de la même ville : car ce léger changement n'augmente pas les embarras des significations, ne retarde point les procédures, ne change pas la juridiction, enfin ne nuit en rien aux autres parties ; et celui qui le fait use simplement du droit que lui donne l'art. 2003 du Code civil de révoquer son mandataire : et du système opposé, il résulterait qu'elle pourrait être contrainte par son adversaire à conserver son domicile chez un individu qui aurait perdu ou même trahi sa confiance (*Cass.*, sect. civ., 19 janvier 1814. J. P., 2e. de 1814, pag. 411.—*Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 68.—*Denevers*, tom. XII, 1re. part., pag. 120. cassant un arrêt de la Cour de Paris, du 27 août 1812).

335. La loi, en imposant au conservateur des hypothèques l'obligation de prendre une inscription d'office pour le vendeur, ne l'a pas autorisé par cela seul à élire domicile pour le vendeur. La raison en est qu'une disposition faite dans l'intérêt du vendeur ne peut pas être étendue ou

interprétée de manière à pouvoir lui nuire. Il suit de-là que le vendeur doit être assigné, pour paraître à l'ordre du prix, non au domicile élu par le conservateur, mais à son domicile propre (Paris, 31 mai 1813. J. P., 1er. de 1814, pag. 389. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 264).

336. L'art. 111 du Code civil étant conçu en termes généraux, ne peut recevoir aucune exception. Quelqu'importantes que soient les significations faites à ce domicile, quelque grand que soit le dommage qui puisse en résulter pour la partie, c'est à elle à s'imputer d'y avoir consenti, *qui culpâ suâ damnum sentit*, *sentire non intelligitur*. On avait voulu essayer de faire admettre une exception à l'art. 111 du Code civil, pour les significations relatives à la saisie immobilière, et l'on se fondait sur les art. 673 et suivans du Code de procédure, qui exigent que les significations y relatives soient faites au domicile réel. Mais la Cour de Paris (12 juin 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 537.—*Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 79. —*Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 65), et la Cour de cassation (sect. des req., 24 janvier 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris, du 21 décembre 1812. J. P., 2e. de 1816, pag. 253. — *Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 198. — *Denevers*, tom. XIV, 1re. part., pag. 123) ont rejeté avec raison cette interprétation. N'est-il pas clair en effet que ces articles du Code de procédure ne s'occupent que du cas ordinaire, de ce qui doit avoir lieu quand il n'existe pas de convention à ce sujet, et non du cas contraire qui a été réglé par

l'art. 111 du Code civil ? N'est-il pas clair aussi, d'un autre côté, que la saisie immobilière, étant un moyen de parvenir à l'exécution de l'acte, est régie par cet art. 111 qui s'occupe de l'élection de domicile *pour l'exécution d'un acte ?*

337. Quand l'élection de domicile est faite dans la demeure actuelle ou autrement dit dans le domicile réel, elle conserve évidemment son effet, même après que la partie qui a fait cette élection a fixé sa demeure dans un autre endroit : car autrement, l'élection de domicile dans le domicile réel serait absolument insignifiante, puisqu'elle a lieu de plein droit (susdit arrêt de *Cass.*, du 24 janvier 1816.—Autre, sect. des req., 12 février 1817, cassant un arrêt de la Cour de Paris, du 16 juin 1815. J. P., 2e. de 1817, pag. 19. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 319, mais pour un autre point. — Colmar, 5 août 1809. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 369).

TITRE QUATRIÈME.

Des absents.

Signification du mot absence. — *De l'absence avec nouvelles.* — *De l'absence sans nouvelles.*

338. *Définition du mot* absence.

338. Le mot *absence*, dans la langue vulgaire, n'exprime que l'idée de non présence ; et c'est en ce sens qu'on dit d'une personne qu'elle est absente de sa maison, ou de telle autre maison où elle est appelée, ou qu'elle est absente de la

ville, ou absente du continent, de la patrie, ou de l'arrondissement de telle Cour ou de tel tribunal.

Mais, dans la langue du droit, le mot *absence* n'est pas toujours synonyme des mots *non présence*; c'est ainsi que, en droit, on peut être légalement réputé absent, quoique l'on soit réellement présent; et non absent, quoique l'on ne soit pas réellement présent.

L'absence en droit peut se diviser en absence avec nouvelles, et en absence sans nouvelles.

CHAPITRE PREMIER.

De l'absence avec nouvelles.

339. *Le Code civil, au titre des absens, ne s'occupe pas de l'absence avec nouvelles.*

339. Le Code civil, au titre des *absens*, ne s'occupe que de l'absence sans nouvelles, que de celle qui donne lieu à l'incertitude sur l'existence de l'absent.

Et même, lorsque le législateur se sert du mot seul d'*absence*, sans l'environner d'aucune expression qui puisse lui donner un autre sens, il le prend toujours dans le sens d'*absence sans nouvelles*, et non simplement dans celui de *non présence*. C'est ainsi que, dans l'art. 840, il l'oppose au mot de *non présence*, employé pour désigner l'absence avec nouvelles. Nous ne traiterons donc dans le titre de l'absence, ainsi que le fait le législateur, que de l'absence sans nouvelles.

CHAPITRE II.

De l'absence sans nouvelles.

De l'absence présumée. — De l'absence déclarée.

L'absence sans nouvelles se divise en absence présumée et en absence déclarée.

SECTION PREMIÈRE.

De l'absence présumée.

340. *Des cas et de la manière de pourvoir à l'administration des biens de l'absent présumé.*

341. *Le curateur à l'administration des biens de l'absent, quand il n'y est pas spécialement autorisé, ne peut pas compromettre, et cette incapacité peut être opposée au curateur, même par le tiers qui a compromis avec lui.*

342. *Le Notaire commis pour représenter l'absent dans les opérations d'inventaires, comptes, partages et liquidations, n'est pas en droit de provoquer les comptes, partages et liquidations après l'inventaire.*

340. « S'il y a *nécessité*, dit l'art. 112 du Code civil, de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne *présumée absente*, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande *des parties intéressées* ».

On voit que, pour qu'il y ait lieu à l'application de cet article, il faut; 1°. qu'il y ait nécessité; par exemple, s'il s'agit de louer ou affermer des biens qui autrement demeureraient sans produits et dépériraient, ou d'y faire des réparations néces-

saires, ou d'empêcher, par tout autre moyen, qu'ils ne se perdent ou ne se détériorent, comme d'arrêter le cours d'une prescription ou de défendre à des poursuites ; 2°. que la personne ne soit pas seulement éloignée de son domicile ; mais que, par défaut de nouvelles, on soit incertain sur son existence ; 3°. que la demande en soit formée par des parties intéressées, telles que des créanciers, des associés.

341. Des héritiers n'ayant qu'un intérêt éventuel ne sont pas, comme le dit M. Toullier, parties intéressées dans le sens de la loi. Mais le ministère public étant, par l'art. 114, spécialement chargé de veiller aux intérêts des présumés absents, les héritiers ont la ressource de solliciter le procureur du Roi de pourvoir à l'administration conformément à l'art. 112.

On y pourvoit par la nomination d'un curateur. Le pouvoir de ce curateur ne s'étendant qu'aux actes d'administration, il est clair qu'il ne peut compromettre, c'est-à-dire, nommer des arbitres, quand le compromis tend à des aliénations. Et lors même qu'il ne tendrait pas à des aliénations, le pouvoir général d'administrer ne comprenant pas celui de compromettre qui ne peut être exercé qu'en vertu d'un mandat spécial, le curateur n'aurait pas encore capacité pour faire un tel compromis, à moins qu'il n'y eut été autorisé spécialement. Mais s'est élevée la difficulté de savoir si cette incapacité pouvait être opposée au curateur par le tiers qui avait compromis avec lui. Pour la négative, on a cité l'art. 1125 du Code

civil qui ne permet pas aux personnes capables de s'engager d'opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui ils ont contracté. Mais on a répondu avec raison que cette disposition n'était point applicable à l'absent, qui n'est point frappé d'incapacité personnelle; que d'ailleurs, le Code ne le disant pas, il n'y avait pas lieu d'étendre aux absents la faveur spéciale accordée aux premiers; qu'ainsi il fallait rentrer dans les principes généraux du droit qui ne permettent pas que, dans une convention synallagmatique, une des parties soit liée, sans que l'autre le soit aussi (*Cass.*, sect., des req., 5 octobre 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen. J. P., 1[er]. de 1809, pag. 453. — *Sirey*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 71. — *Denevers*, tom. VI, 1[re]. part., pag. 554).

342. Le Code civil a pourvu spécialement à la conservation et à la défense des droits des absents présumés, dans les inventaires, comptes, partages et liquidation où ils sont intéressés. Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, doit commettre un Notaire, pour les représenter dans ces opérations (art. 113 du Code civil). Mais si le rôle du Notaire ne se borne pas seulement à un rôle de présence et de surveillance; si, pendant le cours de ces opérations, par cela seul qu'il représente l'absent, il est en droit d'y faire toutes déclarations, protestations, réserves et réquisitions que leur nature comporte dans l'intérêt de l'absent, il ne s'ensuit pas qu'il puisse, après l'inventaire, provoquer les partages, comptes

et liquidations. Car être autorisé à représenter quelqu'un dans une opération, ce n'est pas être autorisé à la provoquer (Bruxelles, 8 avril 1813. J. P., 3e. de 1814, pag. 275. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 16).

SECTION II.

De l'absence déclarée.

De l'envoi en possession provisoire. — Des droits ou actions qui peuvent compéter à l'absent, ou qu'on peut avoir contre lui. — De la législation exceptionnelle sur les militaires absens. — De l'envoi en possession définitive, et du partage définitif des biens de l'absent.

343. *Quand il y a lieu à la déclaration d'absence.*

343. Quand depuis quatre ans on n'a point eu de nouvelles de l'absent présumé, les parties intéressées peuvent se pourvoir devant le tribunal pour faire déclarer l'absence (art. 115 du Code civil). Ici les mots *parties intéressées* doivent s'entendre surtout des héritiers : car, devant obtenir l'envoi en possession provisoire après la déclaration d'absence, ils sont intéressés à ce que cette déclaration soit prononcée.

Mais ce n'est qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête que l'absence peut être déclarée (art. 119 du Code civil).

§. Ier.

De l'envoi en possession provisoire.

344. *Des formes à suivre pour la déclaration d'une absence antérieure au Code.*

344. Dans l'ancienne jurisprudence, les héritiers présomptifs de l'absent ne pouvaient obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens qu'après dix ans de sa disparition, ou du jour des dernières nouvelles reçues (Rousseau-de-Lacombe v°. *Absent*, n°. 12); et qu'après avoir préalablement fait constater, par un acte de notoriété, ce tems d'absence sans nouvelles (*Voyez* l'arrêt de Poitiers ci-après cité). Quelques coutumes n'exigeaient pas le tems de dix ans. La coutume d'Anjou, art. 269, et celle du Maine, art. 287, ne demandaient que sept ans continuels, celle du Haynaut, chap. 77, art. dernier, trois ans: dans

la coutume de Liège, chap., 2, art. 10, un expatrié était présumé vivre quarante ans à compter du jour qu'il était sorti de son pays : au parlement de Toulouse, les héritiers obtenaient la jouissance des biens de l'absent après neuf années ; mais au parlement de Bretagne, et au parlement de Paris, dans la dernière jurisprudence, il fallait dix années.

A l'acte de notoriété le Code civil a ajouté ou substitué d'autres formes de procéder pour constater l'absence. Comme les procédures sont régies par la loi existante au moment où il est procédé, il n'est pas douteux que, pour une absence même antérieure au Code, il ne faille depuis procéder dans les formes voulues par le Code et les lois nouvelles (Poitiers, 11 pluviose an XIII. J. P., 1er.de l'an XIV, pag. 29. —*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 322).

345. Au reste, lorsque la demande en déclaration d'absence a été faite depuis le Code, on a pu, pour complèter le tems de quatre années seulement, exigées par le Code, compter le tems d'absence antérieur au Code, « attendu, a dit la Cour de cassation que le Code n'a pas défendu de comprendre dans le délai de quatre ans, le nombre d'années écoulées avant sa publication » (*Cass.*, 17 novembre 1808, sect. des req., rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Limoges. J. P. 1er. de 1809. pag. 337. —*Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 104.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 532).

346. Mais si la demande avait été formée antérieurement au Code, les règles prescrites pour le

tems et la preuve de l'absence devraient être puisées dans les anciennes lois ou dans l'ancienne jurisprudence (Poitiers, 11 pluviose an XIII. J.P., 1er. de l'an XIV, pag. 29.—*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 322).

347 Suivant le nouveau droit, la déclaration judiciaire de l'absence est un préalable nécessaire, pour obtenir l'envoi en possession provisoire. Vainement on prouverait, par acte de notoriété ou de toute autre manière, l'absence sans nouvelles depuis un très long tems, même antérieur au Code. Si on ne prouve aussi le décès, il faut nécessairement pour pouvoir obtenir l'envoi en possession provisoire, faire déclarer l'absence par jugement, dans les formes que prescrit le Code (Bruxelles, 16 thermidor an XII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 47).

348. L'héritier présomptif qui se met en possession des biens de l'absent, sans avoir fait déclarer l'absence, conformément aux art. 115, 116 et 117 du Code civil, autorise les tiers à penser qu'il a connaissance du décès de l'absent; que c'est par suite de cette connaissance qu'il a pris possession des biens; et qu'il ne l'a prise en conséquence qu'à titre de propriétaire. En effet, l'héritier d'une personne devient, par le décès de celle-ci, propriétaire de ses biens et droits, et n'a besoin d'aucune autorisation ni de formalités, pour en prendre possession à titre de propriétaire. Il ne peut pas dire qu'il n'a voulu prendre qu'une possession provisoire, puisque cette sorte de possession ne pouvait lui être dévolue que par ju-

gement et qu'après les formalités prescrites. Il n'a pu agir, comme il a fait, qu'à titre de propriétaire. Il y a donc de sa part aveu ou manifestation de son droit de propriété comme successeur à un défunt; et aucune déclaration contraire ne peut détruire un fait avec lequel elle ne pourrait se concilier. Aussi dans ce cas, la régie peut-t-elle exiger de l'héritier le droit de mutation en pleine propriété par décès (*Cass.*, sect. civ., 22 juin 1808, cassant un jug. du tribunal de Mont-de-Marsan. *Sirey*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 276. — Et deux décisions du Ministre des finances des 17 floréal an XIII et 12 janvier 1808).

Envain des héritiers allégueraient-ils que l'absent n'est pas décédé; qu'ils n'ont jamais eu cette opinion, qu'ils n'ont voulu que conserver ses biens; qu'ils ignoraient les formes exigées par le Code; ou que, en supposant qu'ils aient eu l'opinion du décès de l'absent, ils sont revenus de cette erreur; qu'ils offrent d'abandonner la possession jusqu'à ce que l'absence ait été déclarée; que c'est à la régie, qui demande le droit de mutation, à prouver le décès. Ils seraient toujours repoussés par les raisons que nous avons données ci-dessus. Car l'aveu résultant de leur conduite antérieure, et qu'ils ne peuvent plus détruire, si ce n'est par la preuve même de l'existence de l'absent, dispense la régie de toute autre preuve (*Cass.*, sect. civ., 27 avril 1807, cassant un jug. du trib. d'Espalion. *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 742).

Mais s'il y a eu jugement déclaratif de l'ab-

sence, tant que l'envoi en possession n'est que provisoire, il semblerait conforme aux principes de décider que les héritiers ne doivent aucun droit de mutation; parce que cet envoi ne leur donne que la simple administration des biens de l'absent, et qu'elle les rend comptables envers lui. C'est aussi ce qui, malgré une décision ministérielle du 24 fructidor an XIII (*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 288), avait été jugée avec raison par la Cour de cassation, avant la loi du 28 avril 1816 (sect. civ., 16 janvier 1811. J. P., 1er. de 1811, pag. 520 — Autre, sect. des req., 14 février 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Gand. J. P., 1er. de 1811, pag. 520. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 417.—*Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 170). Mais l'art. 40 de cette loi les y assujettit formellement (1), et, quelque dure quelle soit, elle n'en est pas moins obligatoire; *dura lex, sed lex.*

349. En cas de concours d'héritiers testamentaires ou de légataires de l'absent avec les héritiers légaux présomptifs, la préférence pour l'envoi en possession provisoire est due à ces derniers, parce que les premiers ne peuvent exercer

---

(1) « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits pour la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent ».

« En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers ».

leurs droits qu'après en avoir fait reconnaître la validité avec leurs légitimes contradicteurs, qui sont les héritiers de la loi. Envain l'héritier testamentaire serait-il déjà en possession de l'administration des biens comme fondé de la procuration de l'absent, dont les dix années, depuis les dernières nouvelles reçues ne feraient que d'expirer. La décision serait toujours la même, sauf aux héritiers testamentaires ou aux légataires à former ensuite leur demande contre les héritiers légaux, après que ceux ci auraient été envoyés en possession (Bordeaux, 21 août 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 311).

Si, au contraire, c'est l'héritier présomptif qui est en possession des biens au moment de la déclaration de l'absence; comme cette possession n'est pas encore légale, tant que l'envoi provisoire n'est pas prononcé, l'héritier institué doit attendre la prononciation judiciaire de cet envoi pour demander lui-même contre l'héritier présomptif son propre envoi en possession provisoire (Aix, 8 juillet 1807. J. P., 3e. de 1808, pag. 368. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 50).

350. Comme les héritiers présomptifs de l'absent sont ceux que la loi aurait appelés à sa succession, s'il fût décédé au jour des dernières nouvelles reçues, il peut arriver que, après une déclaration d'absence régulièrement prononcée, et après l'envoi en possession provisoire obtenu par des héritiers, d'autres héritiers de l'absent viennent à contester l'époque reconnue dans le juge-

ment pour être celle des dernières nouvelles reçues.

Alors, comme l'envoi en possession n'est accordée que sur la présomption du décès de l'absent, à l'époque de l'envoi, l'effet de cette présomption doit cesser avec elle. Ainsi l'envoi en possession provisoire, obtenu par de prétendus héritiers présomptifs, n'empêche pas que ceux à qui postérieurement cette qualité est démontrée appartenir puissent réclamer cette possession (Colmar, 12 et 20 août 1814. *Dictionnaire du Notariat*, v°. *Absent* 18).

Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'ordonner une nouvelle enquête; et les preuves à admettre pour rétablir la véritable époque des dernières nouvelles sont laissées à la prudence du juge. Car l'enquête avait pour objet de constater l'absence, en appelant tous les renseignemens qui pouvaient la confirmer ou la détruire. Les parties ne diffèrent pas sur la vérité de l'absence constatée. Elles ne diffèrent que sur le point de départ de cette absence. Les juges, faute de documens contraires, avaient dû se contenter de ceux fournis par les premières parties intéressées pour ce point de départ. Sur la contestation postérieure par d'autres parties intéressées, les juges ne peuvent que comparer les premiers documens avec les nouveaux, et, laissant subsister, s'il y a lieu, la déclaration d'absence, décider, d'après leur prudence, à qui appartient véritablement le droit de possession; cette possession n'étant d'ailleurs que précaire et nécessairement soumise à toute dé-

couverte ultérieure sur la vérité des faits relatifs à l'absence, et à l'existence ou non existence de l'absent (*Cass.*, sect. des req., 24 novembre 1811, rej. le pourv., contre un arrêt de la Cour de Rennes. J. P., 1er. de 1812, pag. 400.—*Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 83.—*Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 83).

351. L'art. 1014 du Code civil dispose en thèse générale que le légataire particulier a droit aux fruits ou intérêts, du jour de la demande en délivrance. Cette disposition ne souffre pas d'exception pour le légataire de l'absent qui peut réclamer de l'envoyé en possession provisoire le rapport de la totalité des fruits à compter du jour de la demande en délivrance (*Cass.*, sect., civ., 30 août 1820. J. P., 1er. de 1821, pag. 81, cassant un arrêt de la Cour de Lyon, du 27 août 1818. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 442). L'art. 123 du Code civil confirme même spécialement à son égard la disposition générale de l'art. 1014, en disant que du moment où l'envoi en possession provisoire est prononcé, le testament, s'il en existe un, sera ouvert, et que dès lors les légataires pourront prétendre leurs droits sur les biens laissés par l'absent, à la charge de donner caution. A la vérité l'art. 127 du Code civil accorde aux envoyés en possession provisoire la retenue des quatre cinquièmes des fruits par eux perçus; mais ce n'est que pendant la durée de l'absence; car s'il reparaît, il a droit à la totalité des fruits du jour même où il a fait connaître son retour. Par la même raison, cette totalité des fruits est donc

due au légataire de l'absent, du jour où il se montre en formant sa demande en délivrance.

352. La disposition de l'art. 125, portant que l'envoi en possession provisoire n'est qu'un dépôt, ne doit pas être prise à la lettre ; elle indique seulement l'obligation imposée à l'envoyé de restituer, si l'absent reparaît; mais elle ne peut pas l'empêcher de disposer des meubles et surtout des sommes pécuniaires, ainsi que de toutes les autres choses dont on ne peut faire un usage sans les consommer : car il a le droit de jouir et ce droit, à l'égard de ces choses, consiste à s'en servir, mais à la charge d'en rendre, de pareilles quantité, qualité, et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit (art. 587 du Code civil). C'est pour cela que la loi demande à l'envoyé une caution. Justinien dit à l'égard des choses qui se consomment par l'usage. *Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum* (*nec enim poterat*), *sed per cautionem quasi-usumfructum constituit.* Inst. *de Usufr.* §. II *in fin.*

Il n'importe que la somme pécuniaire soit le prix d'un immeuble vendu, lorsque cette vente a été faite volontairement par l'absent. Car la caution fournie par l'envoyé ayant eu principalement pour objet de garantir à l'absent, en cas de retour, la restitution de ses biens meubles ou de leur estimation, il suffit de voir que la créance du prix de la vente, en ce cas, est mobilière, pour qu'on ne puisse élever de doute sur le droit qu'à l'envoyé d'en disposer. Or, en droit, il est incontestable d'après l'axiome, *actio ad mobile est mobilis*,

que la créance du prix de l'immeuble vendu volontairement par l'absent, est surtout à l'égard de l'envoyé, une chose mobilière, puisque le vendeur n'avait plus dès lors droit qu'à une somme d'argent. L'envoyé peut donc aliéner et vendre une telle créance sans formalités de justice (Paris, 27 avril 1814. J. P., 3e. de 1814, pag. 101.—*Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 355).

353. La Cour de Bruxelles (3 juin 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 31) a jugé valable une clause par laquelle un testateur avait suspendu (pendant huit ans) l'effet des art. 135 et 136 du Code civil : « Attendu que ces articles ne concernent que les successions *ab intestat*, ou celles où il existerait un testament, mais qui ne contiendrait aucune disposition relative à l'absent appelé à recueillir tout ou partie de la succession ». Nous ne regardons cette décision comme juste que pour les cas où, comme dans l'espèce, il ne se trouverait pas de portion à réserve qui fût arrêtée par l'effet d'une telle disposition.

§. II.

Des droits ou actions qui peuvent compéter à l'absent, ou qu'on peut avoir contre lui.

354. *Distinction entre les droits acquis et les droits à acquérir à l'absent. Il est présumé vivant quand il s'agit des premiers, et mort quand il s'agit des derniers.*

355. *Conséquences de cette distinction en matière de successions.*

356. *Les héritiers qui succèdent, au défaut de l'absent, ne sont pas tenus de donner caution.*

357. *Peut-on venir à une succession par représentation d'un absent ?*

358. *Quand la succession est ouverte depuis la disparition de l'absent, bien que les héritiers se partagent entr'eux la part de l'absent avec des précautions pour la lui conserver en cas de retour, le droit de mutation n'est pas dû.*

354. Les questions auxquelles peuvent donner lieu la conservation ou l'exercice des droits de l'absent, ou des droits contre lui ou sur ses biens, sont les plus importantes du droit civil en matière d'absence. Pour faire mieux comprendre les solutions que nous puiserons dans la jurisprudence à ce sujet, nous allons les faire précéder de quelques réflexions.

Lorsqu'un individu a disparu sans qu'on ait de ses nouvelles, il y a incertitude sur son existence. Ce que la raison conseille toujours dans les cas d'incertitude, c'est de ne rien faire qu'une connaissance postérieure pourrait forcer à changer, c'est de laisser autant que possible les choses dans le même état. De plus, si un individu absent n'a rien à réclamer, il a moins de raisons, et souvent il n'a aucune raison pour faire connaître son existence, et son silence a besoin d'être beaucoup plus prolongé pour faire présumer sa mort : si, au contraire, il a quelque chose à réclamer, son intérêt lui commandant de donner de ses nouvelles, son silence, sans être d'aussi longue durée, peut néanmoins servir de présomption contre son existence.

D'après ces motifs, il faut faire une distinction fondamentale entre les droits *acquis* et les

droits *à acquérir;* distinction admise dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, très-bien indiquée dans le nouveau Code, et proclamée presque unanimement par la nouvelle jurisprudence. S'agit-il d'enlever à l'absent des droits qu'il avait déjà au moment de sa disparition, des droits acquis? La loi le présume vivant le plus long-tems possible (sect. 1re. du chap. III du titre *de l'absence*); ses héritiers pourront bien demander l'envoi en possession provisoire (120 du Code civil); mais, préalablement à l'envoi, il faudra que l'absence ait été déclarée par jugement. S'agit-il au contraire de lui conférer des droits qu'il n'avait pas au moment de sa disparition, des droits nouveaux? La loi le présume mort du jour de cette disparition (sect. 2e. du même chap.); alors, il n'est pas besoin de jugement qui déclare l'absence : jusqu'à ce que son existence soit reconnue, il est présumé n'exister plus. La charge de la preuve doit donc être inverse dans ces deux cas, conformément à l'axiôme que la preuve est toujours à la charge du demandeur. Dans le premier cas, c'est à ceux qui veulent enlever des droits à l'absent à prouver sa non existence. Dans le deuxième, c'est à ceux qui réclament des droits du chef de l'absent à prouver son existence.

355. Ainsi, qu'une succession soit ouverte au profit d'un individu avant sa disparition ou ses dernières nouvelles, un Notaire sera commis pour le représenter dans l'inventaire et dans les autres opérations de la succession (113 du Code

civil). Mais qu'une succession à laquelle il aurait eu droit s'ouvre depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, alors elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut (135—136 du Code civil); et le créancier de l'absent ne pourra exercer ses droits sur cette succession sans justifier de son existence (Arrêt de Liége du 18 prairial an XIII, ci-après cité). Enfin nul n'aura le droit de requérir l'intervention d'un Notaire pour surveiller les intérêts de l'absent, comme l'art. 113 l'ordonne pour des droits acquis; on ne pourra, dans cette prétention, s'étayer de ce raisonnement que l'inventaire n'est qu'un acte conservatoire, parce que, pour faire des actes conservatoires, il faut avoir des droits, et que la loi n'en reconnaît aucun à l'individu absent sans nouvelles depuis l'ouverture de la succession. S'il reparait, il demandera sa part, reprendra les biens dans l'état où ils seront, d'après l'inventaire déjà fait, ou, s'il n'en a pas été fait, d'après celui qu'il fera faire par commune renommée. Ici la loi ne fait pas de distinction entre l'absence déclarée par jugement, et la non présence (136 du Code civil); ici la non présence équivaut à l'absence déclarée, parce que les mêmes motifs, expliqués plus haut, s'appliquent aux deux. Et même, afin d'éviter tout sens vague, à ce sujet, le législateur, dans les articles précités, ne s'est point servi du mot de *absent*; il l'a remplacé par cette périphrase *l'individu dont l'existence n'est pas reconnue*, substitution de termes

qui n'a pas été faite sans intention, ainsi que l'apprend le procès-verbal des discussions au conseil d'état. Ces principes sont d'ailleurs concordans avec l'art. 725, qui établit que, pour succéder, il faut nécessairement exister, et avec la maxime *idem est non esse et non apparere* (Lyon 2 pluviose an XI. J. P. 3e. de l'an XII, pag. 319. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 761. — Douai, 15 nivose an XII. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 510. — *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 83. — Bruxelles 21 germinal an XIII. J. P., vol. uniq. de l'an XIV, pag. 72. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 761. — Liége 18 prairial an XIII. J. P., 1er. de l'an XIV, pag. 142. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 19. — *Cass.*, sect. des req., 16 décembre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai. J. P., 1er. de 1808, pag. 561. — *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 253. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 129. — Poitiers, 29 avril 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 647. — Agen, 4 janvier 1808. J. P., 3e. de 1809, pag. 127. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 299. — Rennes, 9 avril 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 171. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 246. — Paris, 6 juillet 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 235. — *Id.* 27 mai 1808. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 193. — Turin, 15 juin 1808. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 538. — Bruxelles, 20 juillet 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag 160).

Un arrêt de cassation (sect. civ., 1er. floréal an XIII, cassant un arrêt de la Cour de Riom. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 449. — *Sirey*, tom. V, 1re. part., pag. 327) semblerait rendu dans un sens non

conforme au système que nous venons de développer. Mais sa décision tient aux circonstances particulières de l'arrêt, et il y est d'ailleurs question de successions ouvertes avant la publication du Code, et qui par conséquent ne peuvent être régies par ses dispositions. Mais la Cour de Riom (20 mai 1816. J.P., 1er. de 1819, pag. 295. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 210), ne s'étant pas bien pénétrée de la distinction établie plus haut, a décidé à tort que le ministère public peut requérir la nomination d'un Notaire pour représenter, seulement dans l'inventaire d'une succession, un individu présumé absent, quoique la succession se soit ouverte postérieurement à la disparition de l'individu. Cet arrêt se trouve attaqué par les raisonnemens que nous venons d'exposer, et est contraire à la jurisprudence générale.

356. Les héritiers auxquels la succession est dévolue, au défaut de l'absent, ne sont assujettis, ni par cet article, ni par aucun autre, à donner caution; car dès l'instant qu'ils viennent à cette succession, de leur chef et comme uniques héritiers connus, il n'y a pas de motif pour exiger la caution : l'absent est présumé ne plus exister ; et, s'il se présente, la loi ne lui accorde d'autre action que l'action en pétition d'hérédité (Arrêt de la Cour de Rennes, ci-dessus cité, du 9 avril 1810).

357. Une question très-controversée est celle de savoir si on peut venir à une succession par représentation d'un absent. M. Proudhon, *Cours du droit français*, tome Ier., pag. 192, et M. Locré,

Esprit du Code civil, tom. II, pag. 505, sont pour la négative. Ils se fondent : 1°. sur la particule disjonctive *ou*, qui, dans l'art. 136 du Code civil(1), sépare ceux avec lesquels l'absent aurait eu droit de concourir, de ceux qui auraient recueilli à son défaut, et qui semble n'appeler ceux-ci qu'au défaut des premiers ; 2°. sur l'art. 137 qui, accordant aux héritiers de l'absent une action en pétition d'hérédité, lorsqu'ils auront la preuve de son décès, paraît les exclure de la succession, tant qu'ils n'ont pas cette preuve. L'opinion contraire est professée par M. Delvincourt (*Cours de Code civil*, tom. Ier., pag. 356). De plus, un arrêt de la Cour de Paris a jugé en faveur de la représentation (27 janvier 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 188. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 292). Cette dernière opinion nous paraît plus conforme à l'équité, aux véritables motifs de toutes les dispositions de la loi sur les absens ; et les inductions qu'on tire des art. 136 et 137 ne nous semblent pas suffisantes pour la réfuter. Il serait en effet souverainement injuste d'empêcher les enfans d'un absent, déjà assez malheureux d'être privés de leur père, de venir, par droit de représentation, à la succession de leur aïeul, concurremment avec leurs oncles et tantes. Si le droit de préférence, en matière de succession, *ab intestat*, est fondé sur l'amour de l'intestat pour les héritiers appe-

(1) « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut ».

lés, on ne voit pas pourquoi l'absence d'un fils empêcherait de mettre au même degré dans son amour, ses petits-enfans et ses enfans présens, comme ils le sont en cas de décès d'un des enfans laissant des enfans.

En exceptant des dispositions de la loi sur les absens, celles qui concernent l'administration de leurs biens et droits acquis, toutes les autres, sainement entendues, combinées entre elles et bien examinées, conduisent à ce résultat que la loi a réglé tous les droits des présens, comme si l'absent était mort, mais que cependant elle a voulu que ces droits ne fussent exercés que provisoirement, et sauf l'exercice de ceux de l'absent, s'il reparaissait.

Quant aux art. 136 et 137 la particule disjonctive du premier indique seulement que le législateur, en le rédigeant, n'a voulu prévoir que deux cas différens de succession, l'un où il existe des co-successibles de l'absent, et l'autre où, n'existant pas de co-successibles, les héritiers du degré subséquent sont appelés. Mais on ne peut pas faire dire à l'article, ce qu'il n'a ni dit ni voulu dire, que lorsque la succession serait dévolue aux co-successibles, on n'y observerait pas les règles ordinaires de la représentation, en faveur des enfans de l'absent, présumé mort en ce cas, puisqu'il n'est point appelé à succéder. Le mot *exclusivement*, qu'on oppose, ne s'applique évidemment qu'à la personne même de l'absent; et les mots *ses représentans ou ayant cause* de l'art. 137 doivent s'entendre, non de ceux qui remplis-

sent le degré de l'absent dans une succession par la fiction qu'on nomme représentation, mais de ceux qui sont à ses droits, comme ses héritiers, légataires ou donataires universels, et cessionnaires, ou même ses créanciers. Car il est remarquable que, dans la langue du droit, on n'appelle pas représentans d'une personne, ceux qui remplissent son degré par droit de représentation ; qu'on exprime toujours leurs qualités par cette expression héritiers de . . . pour *telle* portion par représentation de etc. ; et que le mot *représentans,* surtout quand il est lié à l'expression *ou ayant cause* s'entend toujours des successeurs universels à titre gratuit ou onéreux.

358. Dans le partage d'une succession ouverte depuis la disparition d'un individu, les co-héritiers, annoncant qu'ils présument sa mort, partagent entr'eux la portion qui lui reviendrait, en prenant toutefois des précautions pour lui conserver cette portion en cas de retour. La régie prétend leur faire payer un droit de mutation comme héritiers de cet absent. Mais la Cour de cassation (18 avril 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 129, rej. le pourv., contre un jugement du tribunal d'Aurillac. *Sirey*, tom. IX, 1re.part., pag. 246. — *Denevers*, tom. VII, 2e.part., pag. 53) repoussa avec raison cette prétention : car les héritiers ne prennent point cette portion comme héritiers du présumé absent, mais comme héritant à son exclusion ; et si la régie prétend que le présumé absent existait à l'époque du décès de l'auteur dont

on partage la succession, c'est à elle à fournir la preuve de ce qu'elle avance.

§. III.

De la législation exceptionnelle sur les militaires absens.

359. *Législation exceptionnelle introduite en faveur des militaires absens, et ses objets.*

360. *Les lois des 11 ventose, 16 fructidor an II, et 6 brumaire an V, en faveur des militaires absens, n'ont pas été abrogées par le Code civil.*

361. *Ces lois sont applicables aux militaires absens de leur corps, même rayés du contrôle, tant que leur absence n'est pas déclarée judiciairement.*

362. *Dispositions de la loi du 6 brumaire an V dont l'effet a cessé depuis le 1er. avril 1815. Mais les lois des 11 ventose et 16 fructidor an II ont continué d'avoir effet, même après le 1er. avril 1815, et l'ont encore aujourd'hui.*

363. *Les co-successibles qui ont partagé entre eux toute la succession, sans réserver la part de l'absent, ne sont plus admis à opposer, aux poursuites de leurs créanciers personnels, la qualité de militaire de l'absent.*

359. Nous venons de tracer les règles à suivre pour les intérêts des absens ; mais on sent que ces règles même doivent souffrir, sinon des exceptions, au moins des modifications en faveur de ceux qui ne sont absens ou éloignés de leur domicile que pour le service de l'Etat; et que l'Etat doit prendre un soin plus particulier de leurs intérêts.

C'est ce qui avait fait adopter chez les Romains la maxime, reçue ensuite parmi nous depuis

long-tems, que l'absence de celui qui vaque aux affaires de l'Etat ne peut ni lui nuire ni nuire aux autres (1); et cette maxime s'applique particulièrement aux ambassadeurs; d'où l'on tire la conséquence qu'ils conservent leur domicile dans leur pays, quelque longue que soit leur absence. C'est aussi ce qui a fait introduire dans le cours de nos longues guerres de la révolution, et depuis même, une législation particulière plus favorable aux militaires absens. Cette législation a deux objets, l'un de veiller plus spécialement à la conservation de leurs droits; l'autre d'empêcher que leur absence ne soit déclarée trop facilement. Et en effet, les chances de la guerre, les événemens multipliés qui en sont la suite, telles que les blessures, la captivité, peuvent jeter beaucoup plus d'incertitude sur le sort du militaire que sur celui des autres citoyens; tel manque de nouvelles suffisantes pour faire déclarer l'absence d'un autre citoyen, ne doit pas l'être pour faire déclarer celle d'un homme qui, par état, est presque toujours éloigné de ses foyers.

Les lois qui se sont proposé le premier objet, la conservation des droits des militaires absens, sont la loi du 11 ventose an II et celle du 6 brumaire an V.

La première règle les mesures qui doivent être prises pour conserver les droits du militaire absent, après que les scellés ont été apposés sur les

---

(1) Absentia ejus, qui reipublicæ causâ abest, neque ei, neque alii, damnosa esse debet (L. 140, *ff. de Reg. jur.*).

effets et papiers délaissés par ses père et mère et autres parens dont il est héritier; et ses dispositions ont été déclarées, par la loi du 16 fructidor an II, communes aux officiers de santé et à tous autres citoyens attachés au service des armées.

La seconde contient, en outre, des dispositions spéciales pour la conservation des propriétés des défenseurs de l'Etat; et elle impose, à cet égard, aux maires et à leurs adjoints, diverses obligations, notamment (art. 6) celle de déposer au greffe du tribunal la liste des individus absens pour le service des armées.

Quant aux lois ou actes de l'autorité publique, qui se sont proposé le second objet, celui d'empêcher que les militaires soient déclarés trop facilement absens ou décédés, ils consistent : 1°. dans un avis du Conseil-d'Etat, du 12 germinal an XIII, approuvé le 17, qui a estimé qu'il y aurait un extrême danger à admettre, comme preuves de décès de simples actes de notoriété fournis après coup, et résultant le plus souvent de témoignages achetés ou arrachés à la faiblesse; qu'ainsi cette voie était impraticable; — qu'à l'égard de l'absence, ses effets sont réglés par le Code civil, en tout ce qui concerne les biens; mais qu'on ne peut aller au-delà, ni déclarer le mariage dissous, etc.; qu'en cet état il n'y a pas lieu de déroger au droit commun (*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 176. — *Denevers*, tom. III, 2e. part., pag. 138): 2°. dans une circulaire du ministre de la justice du 16 décembre 1806, qui enjoint aux

procureurs du Roi et autres officiers du ministère public, toutes les fois qu'une demande en déclaration d'absence sera fondée sur le motif du service militaire, soit de terre, soit de mer, de demander préalablement, par une lettre, dans les ministères de la guerre ou de la marine, des renseignemens sur le compte de l'individu dont il sera question (*Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 30): 3°. dans une loi du 13 janvier 1817 qui, prévoyant (art. 1er.) le cas où soit un militaire, soit un marin, en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, aura cessé de paraître avant cette dernière époque à son corps, et au lieu de son domicile ou de sa résidence, statue que ses héritiers présomptifs ou son épouse pourront dès à présent se pourvoir au tribunal de son dernier domicile, soit pour faire déclarer son absence, soit pour faire constater son décès, soit pour l'une de ces fins au défaut de l'autre, et règle, par les articles suivans, lesformalités ou mesures particulières à suivre en ces cas. Cette loi (art. 12, §. 2) dit que ses dispositions sont applicables à l'absence ou au décès de toutes les personnes inerites aux bureaux des classes de la marine, à celles attachées par brevets ou commissions aux services de santé, aux services administratifs de terre et de mer, ou portées sur les contrôles réguliers des administrations militaires; et qu'elles pourront être appliquées par les tribunaux à l'absence et au décès des domestiques, vivandiers et autres personnes à la suite des armées, s'il

résulte des rôles d'équipages, des pièces produites, et des registres de police, permissions, passeports, feuilles de routes et autres registres déposés aux ministères de la guerre et de la marine, ou dans les bureaux en dépendans, des preuves et des documens suffisans sur la profession desdites personnes et sur leur sort (*Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 239).

Nous n'avons indiqué ci-dessus que l'objet de ces lois et les personnes auxquelles elles s'appliquent. On pourra consulter leurs dispositions soit dans le *Recueil* que nous donnons à la fin de cette ouvrage, soit dans les journaux auxquels nous avons renvoyé.

360. Quand le Code civil fut promulgué, on put croire que ses dispositions sur l'administration des biens de l'absent présumé s'appliquaient aux militaires absens, comme à tous autres individus; et que la loi du 11 ventose an II se trouvait abrogée dans les dispositions qui y étaient contraires. Mais un décret, du 16 mars 1807, rendu postérieurement à l'émission du Code, en ordonnant la publication de cette loi et de celles des 16 fructidor an II et 6 brumaire an V, dans les départemens situés au-delà des Alpes, fit connaître que telle n'avait pas été l'intention du législateur. On dut donc, en cas de succession échue à un militaire absent, continuer de s'adresser soit au corps auquel il était attaché, soit au ministre de la guerre, pour obtenir la procuration de l'absent, et, à défaut de ses nouvelles dans le mois, lui faire nommer un curateur, non par le

tribunal, comme pour tout autre absent présumé, mais bien par le conseil de famille, et, à son défaut, par ses voisins et amis assemblés sans frais devant le juge de paix (Bruxelles, 24 mai 1809. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 382. — Colmar, 3 mai 1815. *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 47. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 55).

361. Ces lois sont applicables aux militaires absens de leurs corps, même rayés du contrôle, comme aux militaires présens, parce qu'elles ne distinguent point entr'eux, et que le motif d'intérêt est même plus grand pour les premiers, puisqu'ils peuvent n'être absens de leur corps que par suite de captivité, malheur qui doit leur mériter une protection plus particulière. La loi du 18 janvier 1817 a prouvé d'ailleurs que ces lois devaient toujours être appliquées aux militaires, puisqu'elle ne s'occupe que des moyens de faire constater leur décès ou de faire déclarer leur absence, pour les soumettre, de cette manière, aux dispositions communes du Code civil. Jusque là donc ils doivent être régis, non par les art. 112 et 113 du Code civil, mais par la législation particulière qui leur est propre (*Cass.*, sect. civ., 9 mars 1819, cassant un arrêt de la Cour de Metz. J. P., 3e. de 1819, pag. 492. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 343. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 249). Le même arrêt a jugé que la loi du 11 ventose an II ne s'appliquait pas seulement aux successions *ab intestat*, mais aussi aux successions testamentaires.

362. La seule loi du 6 brumaire an V nous

paraît avoir cessé son effet à compter du 1er. avril 1815, quant aux dispositions que nous allons rapporter.

Cette loi voulait 1°. qu'il fut nommé, par les tribunaux civils, trois citoyens qui formeraient un conseil officieux chargé de consulter et de soutenir gratuitement les affaires des défenseurs de l'Etat, et des autres citoyens absens pour le service des armées de terre et de mer; 2°. qu'aucune prescription ni péremption d'instance ne put s'acquérir contre eux depuis leur départ jusqu'à l'expiration *d'un mois après la publication de la paix générale*, ou après la signature du congé absolu qui leur serait délivré avant cette époque; que ce délai fut de trois mois si, au moment de la paix ou de l'obtention du congé absolu, ces citoyens faisaient leur service hors de la république, mais en Europe; de dix huit mois, dans les colonies en deça du Cap de Bonne-Espérance, et de deux ans au-de là de ce Cap; 3°. que les jugemens prononcés contr'eux, ne pussent donner lieu au décret (l'expropriation) ni à la dépossession d'aucun immeuble pendant les délais ci-dessus énoncés; 4°. qu'aucun de ces jugemens ne put être mis à exécution, qu'autant que la partie poursuivante aurait présenté et fait recevoir, par le tribunal qui aurait rendu le jugement, une caution solvable de rapporter, le cas échéant.

Une loi, du 21 décembre 1814, ayant prorogé jusqu'au 1er. avril 1815 les délais fixés par la loi du 6 brumaire an V, il est clair que, depuis le 1er. avril 1815 les dispositions ci-dessus rapportées

de la loi du 6 brumaire ont dû cesser d'avoir effet.

La Cour de Nancy a cru pouvoir en conclure que les lois des 11 ventose et 16 fructidor an II, avaient aussi cessé leur effet depuis un an environ après la paix générale ; qu'ayant été motivées par la guerre, elles étaient de leur nature transitoires ; et que la guerre ayant cessé, l'effet devait cesser avec sa cause ; qu'ainsi les militaires absens étaient rentrés dans le droit commun, quant aux successions ouvertes depuis leur absence (Nancy 24 janvier 1820.—*Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 138).

La Cour de Rouen a jugé dans le même sens, mais par d'autres motifs, « attendu, a-t-elle dit, que l'objet de la loi du 11 ventose an II a été de conserver les droits des militaires, mais non d'intervertir l'ordre de l'appréhension des successions ; — Attendu que Thoiret, soldat au 3e. régiment de la ligne, n'a point donné de ses nouvelles depuis le 9 mai 1812 ; — attendu que la succession dont il s'agit, s'est ouverte postérieurement à cette époque, et qu'il n'est point justifié que ledit Thoiret fut alors existant ; d'où il suit qu'il a été fait, par les premiers juges, une juste application des art. 135 et 136 du Code civil (Rouen, 29 janvier 1817. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 79).

Mais nous avons vu que la Cour de cassation, par son arrêt du 9 mars 1819, a jugé le contraire ; et cet arrêt est trop récent, et postérieur de trop d'années à la conclusion de la paix générale, pour n'être pas d'un grand poids dans la

question. Et il ne s'agissait pas, dans l'espèce, d'un militaire présent à son corps, mais d'un militaire qui était resté en arrière de son corps, le 3 décembre 1812, dans la retraite de Moscou, qui avait été rayé du contrôle de sa compagnie, à compter du même jour, et qui depuis n'avait jamais donné de ses nouvelles, ce qui était constaté par un certificat du ministre de la guerre. Il ne s'agissait pas de simples mesures conservatoires, comme la nomination d'un curateur à ses biens. Le curateur était déjà nommé; et il s'agissait de l'envoyer, au nom de l'absent, en possession d'une succession testamentaire qui avait été dévolue à celui-ci en 1813, au préjudice des hospices civils de Metz, institués légataires, à son défaut. La Cour considéra « que la loi du 11 ventose an II répute les militaires toujours vivans, à l'effet de recueillir les successions ouvertes à leur profit; que, les malheurs des campagnes de 1812 et 1813 ayant fait reconnaître la nécessité de mettre un terme à la durée de cette présomption légale, la loi du 18 janvier 1817 a autorisé les familles, ou autres y ayant intérêt, de ceux qui étaient restés en arrière de leurs corps, sans que depuis on ait eu de leurs nouvelles, à faire déclarer leur absence, pour les soumettre aux effets ordinaires de l'absence, tels qu'ils sont déterminés par le Code civil; mais que de cette loi même il résulte que jusqu'alors ces militaires, quoiqu'absens, étaient toujours considérés comme militaires, et que la loi du 11 ventose an II leur était applicable ».

Ainsi, dans la pensée de la Cour de cassation, les militaires sont réputés vivans jusqu'à ce que leur absence soit déclarée; et il n'y a point pour eux, comme pour les autres citoyens, un premier degré d'absence, l'absence présumée. Ils ne rentrent dans le droit commun que quand ils sont absens déclarés. Jusques là, ils sont, comme nous l'avons déjà dit, régis par la loi du 11 ventose an II. Cette loi n'est pas une loi transitoire, comme la plus grande partie des dispositions de la loi du 6 brumaire an V. Si elle eut été transitoire, la loi du 18 janvier 1817, rendue près de trois ans après la paix générale, ne l'eut pas regardée comme encore subsistante. Et si elle subsistait encore à cette époque, elle subsiste encore aujourd'hui, sauf la modification résultante de la faculté de faire déclarer l'absence des militaires sans nouvelles, accordée par cette loi de 1817. Ce n'est donc qu'après qu'ils sont déclarés absens, qu'ils deviennent incapables de recueillir une succession, tant que leur absence dure. Les instructions envoyées aux juges de paix, aux maires, aux procureurs du Roi, sont toutes encore dans ce sens. Du moins nous n'en connaissons pas de contraires. Les arrêts de Nancy et de Rouen nous paraissent donc avoir mal jugé. Au surplus les familles n'ont pas à se plaindre des entraves que peut apporter à leurs affaires la loi du 11 ventose an II, puisqu'elles ont eu et ont encore la faculté de faire déclarer l'absence de leur parent militaire.

363. Quand les co-successibles du militaire

absent se sont prétendus seuls héritiers, et ont recueilli seuls la succession, sans faire représenter l'absent, ils ne peuvent plus soustraire aux poursuites de leurs propres créanciers la part qui eut été dévolue à l'absent, s'il eut été représenté. Inutilement, sous le prétexte que leur co-successible est militaire, et comme tel réputé vivant jusqu'à preuve du décès ou jusqu'à absence déclarée, lui feraient-ils nommer un curateur, et opposeraient-ils que, pour la validité des poursuites de leurs créanciers sur la part de l'absent, ceux-ci doivent prouver le décès de l'absent; ils ne seraient point écoutés, parce que, d'un côté, ils paraîtraient agir ainsi, bien plutôt dans leur propre intérêt que dans celui de l'absent et que, d'autre côté, leur prise de possession en leur seul nom est une sorte d'aveu public de connaissance du décès de l'absent, qui ne leur permet plus vis-à-vis des tiers aucune allégation contraire (Rouen, 30 mai 1818, *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 313).

§. IV.

De l'envoi en possession définitive, et du partage définitif des biens de l'absent.

364. *Cas où l'envoi en possession définitive des biens de l'absent peut être demandée.*

365. *Les personnes qui y ont droit sont celles qui étaient ses héritiers au jour de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles ; et leurs droits sont reglés par les lois ou coutumes qui régnaient alors.*

366. *Le droit d'envoi en possession passe aux héritiers de l'héritier présomptif.*

367. *La présomption légale que l'absent est mort au jour de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles, ne peut ni nuire, ni servir aux tiers.*

368. *C'est aux héritiers à prouver le décès de l'absent, s'ils prétendent le faire remonter plus haut.*

369. *Ils peuvent le prouver par témoins, s'il y a omission dans les registres de l'état-civil.*

370. *En cas de retour de l'absent, il n'est pas tenu de rembourser aux envoyés les frais de la procédure en déclaration d'absence et d'envoi en possession.*

364. Les héritiers présomptifs de l'absent peuvent demander l'envoi en possession définitive de ses biens dans deux cas ;

1°. S'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi en possession provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun a pris l'administration des biens après la déclaration d'absence ;

2°. Ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (art. 129 du Code civil).

365. Dans l'un ou l'autre cas le droit de se faire envoyer en possession repose sur une fiction de la loi, qui suppose l'absent mort du jour de sa disparition ou des dernières nouvelles reçues ; par conséquent ce sont ceux qui étaient ses héritiers à cette époque, qui ont droit à l'envoi en possession définitive. Et le partage doit être fait et les droits des héritiers réglés d'après les lois ou coutumes qui existaient alors. Il n'importe que cette époque remonte au tems de l'ancienne jurisprudence, parce que, si les auteurs et les arrêts anciens ont varié sur le tems où on devait fixer la mort présumée de l'absent, si les uns l'ont fixé a dix ou sept ans après la disparition, le der-

nier état de la jurisprudence était généralement conforme au Code civil à cet égard; et le Code civil doit être réputé, en cette matière, interprétatif de l'ancien droit, suivant les principes que nous avons exposés sur la non rétroactivité des lois (*Cass.*, 15 septembre 1792, cassant un jug. d'arbitres. *Sirey*, tom. I[er]. 1[re]. part., pag. 8. — *Id.* sect. des req., 22 décembre 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens. J. P., 3[e]. de 1814, pag. 18. — *Sirey*, tom. XIV, 1[re]. part., pag. 90. — *Denevers*, tom. XII, 1[re]. part., pag. 66).

366. Le droit de se faire envoyer en possession, qui appartient à l'héritier présomptif, fait partie de sa fortune, est un droit réel et dès-lors transmissible, par succession, à ses héritiers (Turin, 5 mai 1810. J. P., 2[e]. de 1810, pag. 557. — *Sirey*, tom. XI, 2[e]. part., pag. 95. — *Denevers*, tom. IX, 2[e]. part., pag. 5. — Paris 11 février 1813. J. P., 2[e]. de 1813, pag. 234.— *Sirey*, tom. XIII, 1[re]. part., pag. 139).

367 Cette présomption légale, que l'absent est mort du jour de sa disparition ou des dernières nouvelles reçues, n'a lieu qu'en faveur de ses héritiers, représentans ou ayant-cause, de ses co-successibles, et de ceux qui peuvent remplir son degré dans une succession, par droit de représentation. Mais cette faveur, qui leur est particulière, n'a pour objet que de ne pas laisser trop long-tems incertaine, soit la possession, soit la propriété des biens de l'absent, ou des biens qu'il eût été habile à recueillir si son existence eût été reconnue. A tous autres égards, elle ne peut ni

nuire ni servir aux tiers, vis-à-vis desquels il est réputé vivre cent ans à partir du jour de sa naissance, s'il n'y a preuve de son décès. Ainsi, les héritiers mineurs de l'absent ne pourraient opposer aux tiers, avant cent ans révolus du jour de sa naissance, la présomption de sa mort, pour empêcher le cours ordinaire de la prescription contre l'absent majeur, et en conclure l'interruption de la prescription pendant leur minorité, à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent (*Cass.*, 21 ventose an IX, sect. des req., rej. le pourv. contre un jug. du trib. de la Creuse. *Sirey*, tom. Ier., 1re. part., pag. 416. — *Denevers*, tom. Ier., 1re. part., pag. 338).

368. C'est aux héritiers alors à prouver le décès de l'absent, comme demandeurs dans leur exception de minorité. Et cette preuve, lorsqu'il n'est pas justifié qu'il y a omission dans les registres de l'état civil, ou qu'il n'a pas été tenu de registres, ne peut pas être faite par des actes de notoriété qui n'établissent pas le fait positif du décès, mais seulement le rendent présumable par un concours de circonstances graves (Colmar, 12 août 1814. J. P., 2e. de 1815, pag. 280. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 242. — *Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 110).

369. Mais s'il y a omission dans les registres de l'état civil, la preuve du décès peut être faite par témoins. Elle peut surtout être faite pour prouver que l'absent existait à une époque antérieure (*Cass.*, sect. des req., 5 février 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris.

J. P., 1er. de 1809, pag. 417. — *Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 221. — *Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 70).

370. En cas de retour de l'absent, il n'est pas tenu de rembourser aux envoyés les frais de la procédure en déclaration d'absence et d'envoi en possession provisoire; ces frais n'ayant été faits que dans l'intérêt des envoyés. D'ailleurs, la quotité des fruits qu'ils sont autorisés à retenir, aux termes de l'art. 127 du Code civil, doit leur tenir lieu de toute indemnité (Colmar, 4 mars 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 71. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 38).

TITRE CINQUIÈME.

Du mariage.

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. — Des oppositions au mariage. — Des obligations qui naissent du mariage. — Des droits et devoirs respectifs des époux.

CHAPITRE PREMIER.

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

De l'âge compétent. — De la capacité de consentir. — Des mariages in extremis. — *Du lien d'un mariage subsistant. — De l'engagement dans les ordres ecclésiastiques. — De l'engagement dans l'état militaire. — De la différence de cou-*

leur. — De l'inégalité des conditions. — Du consentement des ascendans ou de la famille.—Des actes respectueux. — De la parenté ou alliance.

Les conventions matrimoniales ne pouvant être faites qu'avant le mariage, et ces conventions devenant inutiles si le mariage ne s'ensuit pas, il importe aux Notaires de connaître la jurisprudence sur l'habilité et sur les autres conditions que les parties doivent réunir pour pouvoir contracter mariage, ou sur les empêchemens qui peuvent s'y opposer.

SECTION PREMIÈRE.

De l'âge compétent.

371. *S'il y a un âge avant lequel on ne puisse pas se marier, il n'y en a pas auquel on ne puisse plus se marier.*

371. L'âge à partir duquel il est permis de se marier ayant été fixé d'une manière précise par le Code, il ne peut s'élever aucune question à ce sujet (*Voyez*, sur les formes à suivre pour obtenir les dispenses d'âge, l'arrêté du Gouvernement du 20 prairial an XI, *Sirey*, tom. III, 2e. part., pag. 211).

Mais y a-t-il un âge auquel on ne puisse plus se marier? En d'autres termes, l'extrême caducité est-elle un obstacle au mariage? La loi n'ayant point mis de terme à l'âge jusqu'auquel on peut se marier, la question ne pourrait être traitée que sous le rapport de l'impuissance naturelle, qui semble résulter de l'état de caducité extrême.

Mais, d'abord, c'est déjà une question de savoir si, dans notre législation actuelle, l'impuissance naturelle est une cause de nullité du mariage. La Cour de Trèves a résolu cette question pour l'affirmative, par deux arrêts (l'un du 27 janvier 1808. *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 214; l'autre du 1er. juillet 1810, *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 401); et la Cour de Gênes l'a décidée en sens contraire (7 mars 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 253. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 193. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 129). En second lieu, en admettant que, sous l'empire du Code civil, l'impuissance naturelle soit une cause de nullité du mariage, comme elle ne peut être opposée à l'un des époux que par l'autre époux, que par conséquent elle n'est jamais opposée avant le mariage, mais seulement après; quelque apparente que la caducité rende cette impuissance, elle ne peut et ne doit pas être, pour le Notaire, un obstacle à la réception du contrat de mariage qu'il est requis de rédiger. Ainsi, nous nous croyons dispensés de traiter ici cette question.

SECTION II.

De la capacité de consentir.

372. *La demande d'interdiction qui paraîtrait avoir été faite dans l'intention d'entraver le mariage, et qui viendrait de parens auxquels la loi ne permet pas d'y former opposition, ne serait pas admise.*

372. L'incapacité de consentir est sans doute un empêchement au mariage, puisque, comme

contrat, il ne peut être valable que par le consentement des parties. Mais nous avons vu que la loi et la jurisprudence ne donnent pas à toute personne le droit d'alléguer cette incapacité, sur le seul fondement de défaut de raison du futur conjoint, et que celles mêmes qui avaient ce droit, à l'exception de l'ascendant, devaient articuler des faits probans, et désigner d'avance les témoins qu'elles se proposaient de faire entendre.

Nous ajouterons que la demande en interdiction qui paraîtrait avoir été faite dans l'intention d'entraver le mariage, et qui viendrait de parens auxquels la loi ne permet pas d'y former opposition, ne serait pas admise, parce qu'elle tendrait à excéder les limites posées par l'article 174 du Code civil (Bruxelles, 13 thermidor an XI. *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 513). La demande en interdiction doit donc être formée, de la part de tels parens, avant que le futur conjoint ait manifesté, par quelque acte public, comme le contrat de mariage ou les publications, sa volonté de se marier. Autrement, elle doit être proscrite, comme un moyen indirect d'éluder la disposition de l'art. 174.

SECTION III.

Des mariages *in extremis.*

373. *Jurisprudence ancienne sur les mariages* in extremis.
374. *Les mariages* in extremis *ne sont point prohibés par le nouveau droit.*

373. Si le mariage d'une personne au lit de la

mort était essentiellement nul, il n'est pas douteux qu'un Notaire devrait se refuser à recevoir un contrat, qui, ne pouvant être d'aucun effet, n'entraînerait que des frais inutiles.

L'art. 6 de l'ordonnance de 1639 déclarait incapables de toute succession, ainsi que leur postérité, les enfans nés de femmes que les pères avaient entretenues, et qu'ils épousaient lorsqu'ils étaient à l'extrémité de la vie. L'art. 8 de l'édit de mars 1697 voulait que l'art. 6 de l'ordonnance de 1639, au sujet des mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie, regardât tant les femmes que les hommes.

De là cette opinion, répandue dans l'ancienne jurisprudence, que les mariages *in extremis* étaient essentiellement nuls. « On appréhendait avec quelque fondement, dit le conseiller d'état, M. Portalis, dans l'exposé des motifs de la loi, les surprises et les machinations ténébreuses qui pouvaient être pratiquées en pareille occurence, pour arracher à la faiblesse ou à la maladie un consentement auquel la volonté n'aurait aucune part. On appréhendait encore que ceux qui aiment les douceurs du mariage, sans en aimer les charges, ne fussent invités à vivre dans un célibat honteux, par l'espoir d'effacer un jour, à l'ombre d'un simulacre de mariage, les torts d'une vie entière ».

La Cour de cassation, ne se laissant point entraîner par une simple opinion, quelque générale qu'elle fût, et ne s'attachant qu'au sens et à l'esprit des dispositions ci-dessus citées des ancien-

nes ordonnances, a jugé que les peines prononcées par ces dispositions n'étaient pas applicables à un mariage *in extremis* entre concubins (l'homme était mort le lendemain), que de fortes circonstances avaient empêché de contracter plutôt. Ainsi, dans l'esprit de la Cour, comme suivant le texte même des anciennes lois, non seulement un mariage *in extremis* n'était pas absolument nul, quant à tous ses effets ; mais encore les peines qu'elles prononçaient n'étaient pas toujours, et sans aucune distinction, applicables aux enfans nés de la cohabitation antérieure à ces mariages (*Cass.*, sect. civ., 11 juin 1806, cassant un arrêt de la Cour de Bordeaux. J. P., 2e. de 1806, pag. 369. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 674. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 399).

374. *Quid*, dans le droit actuel? Nous ne connaissons point encore d'arrêts rendus sur de tels mariages contractés depuis le Code. Mais l'exposé des motifs de la loi nous fournira le moyen de résoudre la question.

M. Portalis continue ainsi : « Il faut convenir que la considération de ces dangers avait quelque poids; mais qu'était-ce qu'un mariage *in extremis*? Ici l'art conjectural de la médecine venait ajouter aux doutes et aux incertitudes de la jurisprudence..... Est-il d'ailleurs certain que cette loi fût bonne et convenable? L'équité comporte-t-elle que l'on condamne au désespoir un père mourant, dont le cœur, déchiré par le remords, voudrait, en quittant la vie, assurer l'état d'une compagne qui ne l'a jamais abandonné, ou celui

d'une postérité innocente, dont il prévoit la misère et le malheur ? Pourquoi des enfans, qui ont fixé sa tendresse, et une compagne, qui a mérité sa reconnaissance, ne pourraient-ils pas, avant de recueillir ses derniers soupirs, faire un appel à sa justice ? Pourquoi le forcerait-on à être inflexible, dans un moment où il a lui-même besoin de faire un appel à la miséricorde ? En contemplant la déplorable situation de ce père, on se dit que la loi ne peut ni ne doit aussi cruellement étouffer la nature ».

On voit donc que le silence de la loi, en cette matière, a eu pour motif de ne point porter obstacle aux mariages *in extremis.* Un Notaire peut donc recevoir le contrat de mariage d'une personne aux extrémités de la vie ; sauf le cas de fraude visible, parce qu'il ne doit jamais prêter son ministère à la fraude.

SECTION IV.

Du lien d'un mariage subsistant.

375. *Le mariage contracté de bonne-foi entre époux dont l'un est engagé dans les liens d'un précédent mariage, produit des effets civils ; et les enfans en sont réputés légitimes.*

375. Une personne engagée dans les liens d'un mariage ne peut en contracter un autre, tant que le premier subsiste. Ce second mariage est essentiellement nul. Cependant s'il a été contracté de bonne foi, de part et d'autre, il n'en produira pas moins des effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfans (art. 201 du Code civil) ;

et si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, si, par exemple, il a été contracté sur la foi d'un divorce prononcé avant l'abolition du divorce, par un faux motif d'absence, déclaré ensuite nul sur la preuve de la non absence du premier conjoint, le second mariage aura tous ses effets civils, tant à l'égard du second époux qui n'a point participé à cette fraude et qui l'a ignorée, qu'à l'égard des enfans du second mariage (Paris, 9 fructidor an XIII. — *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 216, et art. 202 du Code civil).

Et par conséquent les enfans du second mariage seront réputés légitimes : ce qui aura lieu à plus forte raison, si les deux époux étaient dans la bonne foi ; si, par exemple, le premier conjoint avait été erronément supposé mort (*Cass.*, sect. civ., 21 mai 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Turin. J. P., 3e. de 1810, pag. 464. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 324. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 317).

SECTION V.

De l'engagement dans les ordres ecclésiastiques.

376. Le mariage civil des moines et des prêtres ne résultait point en France, avant la révolution de 1789, d'une loi positive, mais seulement

d'une jurisprudence reçue depuis long-tems (*Cass.*, sect. civ., 12 prairial an XI, cassant un arrêt de la Cour de Caen. J. P., 3e. de l'an XI, pag. 365. — *Sirey*, tom. III, 1re. part., pag. 321. — *Denevers*, tom. Ier., pag. 679. — Cour de Rouen, 24 prairial an XII. J. P., 3e. de l'an XIII, à laquelle l'affaire avait été renvoyée. — *Cass.*, sect. civ., 3 floréal an XIII. J. P., 1er. de l'an XIV, pag. 113, rej. le pourv. contre cet arrêt de la Cour de Rouen). Ce premier point, généralement reconnu, n'est pas susceptible de discussion.

377. Sous les nouvelles lois, la question est plus controversée.

« Les réserves et les précautions, dit M. Portalis (1), dont les ministres de l'église peuvent user, pour pourvoir à l'objet religieux, ne peuvent, dans aucun cas, ni en aucune manière, influer sur le mariage même, qui, en soi, est un objet temporel. C'est d'après ce principe que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchemens dirimans, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par les lois civiles qui prohibaient les mariages mixtes, et qui avaient sanctionné, par le pouvoir coactif, les réglemens ecclésiastiques, relatifs au célibat des prêtres séculiers et réguliers. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi

(1) Exposé des motifs de la loi, titre *du Mariage*, au Code civil, séance du 16 ventose an XI.

de l'Etat, et l'on ne peut certainement contester à aucun souverain le droit de séparer les affaires religieuses d'avec les affaires civiles, qui ne sauraient appartenir au même ordre de choses, et qui sont gouvernées par des principes différens ».

Observons ici que le titre du mariage est postérieur à la loi du 18 germinal an X, organique du Concordat entre le Gouvernement français et la Cour de Rome. Il semblerait résulter de cette postériorité du Code civil et des motifs exposés par l'orateur du Gouvernement, au nom du Gouvernement et des rédacteurs de la loi, que le mariage des prêtres et des moines ne devait éprouver aucun obstacle de la part de l'autorité civile, au moins tant qu'il ne serait pas intervenu une loi civile ou politique qui suppléât au silence du Code, et détruisît l'interprétation que le rapporteur du Conseil-d'Etat avait faite de ce silence.

Les mêmes principes, la même doctrine, avaient d'ailleurs été solennellement proclamés dans cette loi organique du Concordat par l'orateur du Gouvernement. Et en effet, M. le conseiller-d'Etat Portalis, séparant toujours l'autorité religieuse de l'autorité civile, admettant toute la puissance de la première sur les membres du Corps ecclésiastique, sauf les limites posées par le Concordat même et par les libertés de l'église gallicane, reconnaissant aussi que l'autorité civile conservait, dans l'exercice des actes légitimes qui lui étaient propres, toute son indépendance de l'autorité religieuse, s'exprimait ainsi, dans son

rapport au Corps législatif, en présentant, au nom du Gouvernement, la loi sur le Concordat :

« Pour les ministres que nous conservons (et à qui le célibat est ordonné par les réglemens ecclésiastiques), la défense qui leur est faite par ces réglemens n'est point consacrée comme empêchement dirimant, dans l'ordre civil. — Ainsi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait point nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfans qui en naîtraient seraient légitimes ; mais, dans le for intérieur et dans l'ordre religieux, ils s'exposeraient aux peines spirituelles prononcées par les lois canoniques. Ils continueraient à jouir de leurs droits de famille et de leurs droits de cité ; mais ils seraient tenus de s'abstenir du sacerdoce ».

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation (sect. civ., 3 floréal an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 24 prairial an XII. J. P., 1er. de l'an XIV, pag. 113) déclara valable un mariage contracté en l'an II, par un ancien prêtre.

Un retour plus général aux pratiques religieuses vint manifester le danger de la confession orale pour les jeunes catholiques du sexe. Un père menacé de voir sa fille, ainsi séduite, faire un mariage contre le gré de toute sa famille, contre l'opinion publique la plus accréditée, ne trouvant aucun appui dans les lois civiles, eut recours à l'archevêque de sa résidence et au Conseil-d'Etat. Le Gouvernement, intervenant dans cette affaire, crut devoir interposer son au-

torité propre, pour le bien de la religion et des mœurs. Il ordonna, en conséquence, qu'il serait défendu, à tous les officiers de l'état civil, de recevoir l'acte de mariage du prêtre B...., « considérant le projet formé par cet ecclésiastique, comme un délit contre la religion et la morale, dont il importait d'arrêter les effets dans leur principe » (*Voyez* la lettre du secrétaire-général du ministre des cultes à l'archevêque de Bordeaux, du 14 janvier 1806, *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 71).

Mais ce n'était encore qu'un acte d'autorité appliqué à un cas particulier, et qui ne pouvait servir de règle générale. Le prêtre B.... n'était plus d'ailleurs sous la juridiction ecclésiastique, ayant renoncé à ses fonctions depuis l'an II ; et l'on fit, depuis le Concordat, une distinction entre les prêtres qui avaient renoncé aux fonctions ecclésiastiques antérieurement, et ceux qui les ont continuées, ou acceptées depuis.

Cette distinction fut consacrée par une décision du Gouvernement, qui est rappelée dans une lettre du ministre des cultes, du 30 janvier 1807, adressée au préfet du département de la Seine-Inférieure (*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 392).

« La loi, dit le ministre, dans cette lettre, se taît sur les mariages des prêtres : ces mariages sont généralement réprouvés par l'opinion ; ils ont des dangers pour la tranquillité et la sûreté des familles. Un prêtre catholique aurait trop de moyens de séduire, s'il pouvait se promettre d'arriver au terme de la séduction par un ma-

riage légitime.... — En conséquence, une décision de Sa Majesté, intervenue, sur le rapport de son Exc. Monseigneur le Grand-Juge, et sur le mien, porte que l'on ne doit pas tolérer le mariage des prêtres qui, depuis le Concordat, se sont mis en communion avec leur évêque, et ont continué ou repris les fonctions de leur ministère. On abandonne à leur conscience ceux d'entre les prêtres qui auraient abdiqué leurs fonctions avant le Concordat, et qui ne les ont plus reprises depuis. On a pensé, avec raison, que les mariages de ces derniers présenteraient moins d'inconvéniens et moins de scandale ».

La Cour de Bordeaux ne s'en tint pas cependant à cette distinction. Elle considéra que le caractère de prêtre était indélébile; que l'empêchement dirimant qui en résultait relativement au mariage, suivant les règles canoniques adoptées en France, et remises en vigueur par le Concordat, ne pouvait être levé que par l'autorité du Souverain Pontife, et que ne l'ayant été à l'égard du sieur Ch..., que pour son mariage avec la demoiselle P..., le sieur Ch... ne pouvait contracter mariage avec une autre, bien qu'il eût abdiqué ses fonctions ecclésiastiques long-tems avant le Concordat, et qu'il ne les eût pas reprises depuis (20 juillet 1807. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 389). Mais la Cour de cassation cassa cet arrêt, par le motif qu'il violait la loi du 18 germinal an X, en déclarant, d'après un bref non autorisé par le Gouvernement, le sieur Ch... incapable de contracter mariage avec toute autre que la demoi-

selle P... (sect. civ., 16 octobre 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 321. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 60. —*Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 466).

Et en effet, l'art. 1er. de la loi organique du Concordat du 18 germinal an X, porte : « Aucune bulle, bref, rescrit, décret, mandat, provision, signature servant de provision, ni autre expédition de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçus, publiés et imprimés, ni autrement mis à exécution, sans l'autorisation du Gouvernement ». Ainsi, la Cour de cassation, sans s'expliquer sur la distinction consacrée par la décision du gouvernement, ne s'y montra pas contraire, comme la Cour de Bordeaux, puisqu'elle déclara le sieur Ch..., qui avait abdiqué avant le concordat, civilement capable de contracter mariage avec toute femme.

La Cour de Turin, ne voyant, dans cette distinction, qu'une faveur spéciale fondée sur la protection due aux actes faits sur la foi des lois de la révolution, qui avaient autorisé les prêtres à quitter leurs fonctions, et même les avaient encouragés à contracter mariage, pensa qu'elle n'était point applicable à ceux qui, comme les prêtres du Piémont, n'avaient jamais vécu sous l'empire des lois en vigueur avant le concordat, et n'avaient pu, sans l'autorisation de leurs supérieurs, abandonner leurs fonctions ecclésiastiques. Elle maintint en conséquence l'opposition du père au mariage de son fils qui, étant entré dans les ordres sacrés, avait cessé ses fonctions avant

le concordat, pour ne plus exercer que des emplois civils (30 mai 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 241).

378. La même question s'est présentée de nouveau sous l'empire de la Charte. La Cour de Paris, dans l'affaire Martin, posant en fait que, jusqu'à la constitution de 1791, il était reçu en France, comme en tout pays catholique, que l'engagement dans les ordres sacrés était un empêchement dirimant du mariage; que ce principe n'avait été détruit par aucune loi expresse, et que sa violation temporaire n'avait été que l'effet d'une erreur, par induction de la constitution de 1791, qui déclarait ne reconnaître aucun vœu religieux, ou engagement contraire à la nature; et considérant que cette erreur, qui, en la supposant erreur commune, protège l'effet des mariages antérieurs à la Charte, a dû cesser nécessairement depuis la promulgation de la Charte, qui, en déclarant la religion catholique, apostolique et romaine, religion de l'état, a restitué aux lois de l'église la force des lois de l'état, relativement aux ministres de la religion de l'état, la Cour de Paris, disons nous, a prononcé la nullité du mariage d'un prêtre qui, ayant abandonné l'état ecclésiastique, pendant le règne des lois de la révolution, n'avait jamais, depuis lors, repris ses fonctions, et s'était marié en 1816 (18 mai 1818, audience solennelle des 1re. et 2e. ch. réunies. J. P., 1er. de 1819, pag. 403. — *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 182). Il est vrai qu'il s'y joignait un autre motif, celui de la démence habituelle du

prêtre, avant et depuis son mariage; et la preuve de cette démence était établie par une instruction et un jugement, sur demande en interdiction. Mais le premier motif, exprimé d'une manière absolu, comme il l'est, n'en introduit pas moins une jurisprudence nouvelle, fondée sur l'interprétation de la Charte.

Cet arrêt de la Cour de Paris a été cassé par arrêt du 9 janvier 1821 (*Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 157).

Mais la Cour de cassation ne s'est décidée que par une fin de non recevoir, en jugeant « que, dans l'état actuel de la législation, les collatéraux ne sont recevables à attaquer les mariages que lorsqu'ils y sont formellement autorisés par la loi; que ce principe est établi par la combinaison de l'art. 184, avec les art. 25, 144, 147, 161, 162, 163, 191 et 348 du Code civil; — Qu'aucune loi n'a conféré aux héritiers collatéraux, dans les cas qui ont donné lieu à la demande en nullité du mariage dont il s'agit, le droit de former cette demande; — Que, sous ce rapport, en supposant que les nullités, qui ont été la bâse de l'action, eussent été fondées, il aurait encore été nécessaire que la loi eut attribué aux héritiers collatéraux du sieur Martin le droit de les proposer, etc. ». Ainsi elle n'a point touché la question de la validité du mariage contracté depuis la Charte par un ancien prêtre.

Nous imiterons sa réserve. Cette question tenant autant à la politique et à la religion qu'au droit pur, nous laisserons à chacun le soin de la

décider. Il était utile d'indiquer aux Notaires l'historique et la jurisprudence sur cette question, parce qu'elle peut leur être soumise; mais, d'un autre côté, comme elle ne les regarde pas directement, nous croirions superflu d'entrer, à son sujet, dans des dissertations qui seraient et fort longues et fort délicates.

379. L'effet de l'incapacité, lorsquelle existe, est de suivre partout celui qui en est frappé. Ainsi a été déclaré nul, relativement aux lois françaises, le mariage d'un moine français marié avant la révolution, dans un pays où les moines pouvaient se marier (*Voyez* les arrêts cités n°. 6).

Réciproquement l'incapacité d'un étranger le suit en France, quoiqu'il y acquière domicile, s'il ne s'y fait pas naturaliser. Ainsi il a été jugé qu'un moine espagnol domicilié, mais non naturalisé en France, n'y pouvait pas plus se marier valablement qu'en Espagne (Paris, 13 juin 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 67).

SECTION VI.

De l'engagement dans l'état militaire.

380. *Décrets et avis du conseil d'état, sur l'obligation imposée aux militaires de demander la permission de leurs supérieurs, avant de se marier.*

381. *La contravention à ces dispositions n'entraîne pas la nullité du mariage, mais seulement destitution et, perte de la pension.*

382. *Les militaires, qui sont sur le territoire français, ne peuvent contracter mariage que devant l'officier de l'état-civil.*

383. *Les militaires, hors du territoire français, doivent contracter mariage devant le major de leur régiment, conformément*

aux lois spéciales. Mais la contravention à cette disposition n'entraine pas la nullité du mariage.

380. L'engagement dans l'état militaire ne rend point incapable de mariage, mais il soumet ceux qui sont dans les liens de cet engagement à demander, avant de se marier, la permission du ministre de la guerre, s'ils sont officiers en activité de service, quel que soit leur grade; et seulement du conseil d'administration de leur corps, s'ils ne sont que sous-officiers ou soldats en activité de service (Décret du 16 juin 1808. *Sirey*, tom. VIII, 2ᵉ. part., pag. 252).

Les dispositions de ce décret ont été étendues, 1°. aux commissaires ordonnateurs et ordinaires des guerres et aux adjoints, aux officiers de santé, militaires de toutes classes et de tous grades, aux officiers des bataillons des équipages; 2°. aux sous-officiers et soldats en activité de service dans les bataillons des équipages. Les premiers doivent demander la permission, du ministre de la guerre; les seconds, celle du conseil d'administration de leurs bataillons (Décret du 28 août 1808. *Sirey*, tom. X, 2ᵉ. part., pag. 528).

Elles ont été également étendues, 1°. aux officiers et aspirans de la marine, aux officiers des troupes d'artillerie de la marine, aux officiers du génie de la marine, aux administrateurs de la marine, et enfin à tout officier militaire et civil du département de la marine, nommé par le chef du gouvernement; ils ne peuvent se marier sans en avoir obtenu la permission du ministre de la marine; 2°. aux sous-officiers et soldats des trou-

pes appartenant au département de la marine; ils ne peuvent se marier sans la permission du conseil d'administration de leurs corps. — Néanmoins les capitaines généraux des colonies, et les chefs coloniaux sont autorisés à consentir au mariage des officiers qui leur sont respectivement subordonnés, si les circonstances ne permettent pas d'attendre la permission du ministre; à la charge par eux de lui en rendre compte à la plus prochaine occasion (Décret du 3 août 1808. *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 258).

Un avis du Conseil d'Etat, des 22 novembre et 21 décembre 1808, décide qu'il y a lieu d'appliquer aux officiers réformés et jouissant d'un traitement de réforme le décret du 16 juin (*Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 535).

381. La contravention à ces dispositions n'entraîne pas la nullité du mariage; mais elle est punie de la destitution, et de la perte de pension pour les militaires et leurs veuves (Décret du 16 juin 1808).

382. Suivant un autre avis du Conseil d'Etat, des 2e. et 4e. jours complémentaires an XIII, les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire français, ne peuvent contracter mariage que devant l'officier de l'état civil du lieu où ils ont résidé pendant six mois, ou du lieu du domicile de la future épouse. L'art. 89 du Code civil, qui institue le quartier-maître officier de l'état civil de son corps, l'art. 90, qui ordonne la tenue d'un registre de l'état civil pour chaque corps, et l'arrêté du premier vendémiaire an XII, qui trans-

porte au major la tenue de ce registre, ne concernent que les militaires hors du territoire français (*Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 48. —*Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 14).

383. Quant aux militaires et autres personnes employées à la suite des armées hors du territoire français, il s'est élevé la question de savoir si les dispositions des art. 88, 89 et 90 du Code civil relatives aux actes de l'état civil étaient tellement obligatoires pour eux, relativement à la forme de leur mariage, que, soit qu'ils épousassent une française ou une étrangère, ils ne pussent le célébrer que devant l'officier et dans les formes prescrites par ces articles, à peine de nullité du mariage ; ou s'ils pouvaient s'en tenir à la règle du droit commun *locus regit actum*, et contracter leur mariage dans les formes usitées dans le pays suivant l'art. 170 du Code civil : car les formes établies par les art. 88, 89 et 90 du Code civil ne semblent avoir eu pour objet que de rendre plus faciles, pour les militaires, la confection des actes de leur état civil, en ne les forçant pas de recourir à l'autorité étrangère.

En lisant les discours des orateurs du gouvernement et du tribunat sur le titre des actes de l'état civil, on se convainc que les dispositions précitées, relatives aux militaires, ne sont pas purement facultatives, mais véritablement obligatoires; qu'elles ont eu pour objet, non seulement de constater plus facilement l'état civil des militaires, mais aussi de *mettre obstacle à des mariages abusifs*, *et à la supposition de ceux qui n'existe-*

raient même pas abusivement. Mais les nullités, en matière de mariage, ne pouvant se suppléer, et la loi ne prononçant pas la nullité pour de semblables contraventions, il faut décider que le militaire, en y contrevenant, manque, il est vrai, à la discipline, et s'expose à des peines, mais que le mariage, s'il est d'ailleurs contracté dans les formes autorisées par les lois du pays, est valable selon la règle générale prescrite par l'art. 170 (Paris, 8 juillet 1820. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 307).

SECTION VII.

De la différence de couleur.

384. *Défense aux officiers de l'état-civil de recevoir des mariages entre nègres et blancs.*
385. *Cette prohibition ne s'étend pas aux mulâtres et autres gens de couleur.*
386. *De l'effet de ces prohibitions.*

384. Une circulaire du Ministre de la Justice adressée aux préfets, le 18 nivose an XI, les a invités à faire connaître aux officiers de l'état civil que *l'intention du Gouvernement* était qu'il ne fût plus reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses, ni entre des nègres et des blanches (*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 297).

385. La Cour de Bordeaux (22 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 334. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1050) a jugé que les mulâtres, et autres gens de couleur que les noirs, ne sont pas compris dans cette prohibition. La Cour s'est fondée, avec raison, sur ce motif que les disposi-

tions prohibitives ne sont pas susceptibles d'extension.

386. Faisons observer à ce sujet qu'aucune loi, actuellement en vigueur, n'annulle ni ne défend le mariage entre la race blanche et la race noire ; que même les lois intermédiaires l'ont autorisé implicitement, et que la disposition de ces lois, non révoquée par aucune autre, doit être regardée comme encore subsistante. Il existe seulement la circulaire ministérielle dont nous venons de parler, qui défend aux officiers de l'état civil de recevoir de tels mariages. Si ces officiers, agens du Gouvernement, doivent obéir aux ordres de l'administration supérieure, il n'en résulte pas que les tribunaux, dont le pouvoir est indépendant de l'autorité administrative, devraient prononcer la nullité d'un tel mariage, s'il avait été une fois reçu par un officier de l'état civil (1).

SECTION VIII.

De l'inégalité des conditions.

387. *L'inégalité des conditions n'est pas un empêchement au mariage, lorsque les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits.*

388. *Une femme catholique, qui, sans le savoir, a épousé un ancien moine profès, peut faire annuller son mariage.*

387. Le même arrêt de Bordeaux a jugé que l'inégalité des conditions n'était point un empê-

---

(1) *Voyez* une application de ce principe, au mariage des militaires, n°. 383.

chement au mariage, lorsque les parties qui voulaient le contracter étaient majeures et maîtresses de leurs droits, *sui juris;* que la différence de naissance, de fortune, d'âge ou d'état ne pouvait plus être admise pour interdire et prohiber un mariage.

388. Cependant l'erreur de l'un des époux sur la condition de l'autre époux peut être une cause de nullité du mariage, quand cette condition est telle que l'opinion publique semble réprouver une telle alliance; et que, par cette raison, on ne peut douter que, si le premier eût connu cette condition, il n'eût pas contracté le mariage. Ainsi jugé à l'égard d'une femme catholique, qui, sans le savoir, avait épousé un ancien moine profès. Mais on sent qu'alors la nullité est prononcée, non à cause de l'inégalité des conditions, mais à cause de l'erreur qui vicie le consentement (Colmar, 6 décembre 1811. J. P., 1er. de 1812, pag. 538.— *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 89).

SECTION IX.

389. *Du consentement des ascendans ou de la famille.*

389. *Voyez* ce que nous avons dit au titre *des Actes de l'état civil. Voyez* aussi l'avis du Conseil-d'Etat, des 27 messidor et 4 thermidor an XIII, sur la manière de suppléer aux actes de décès des père et mère, quand les aïeux ou aïeules sont présens; et, en cas de mort ou d'absence des père et mère, et des aïeux et aïeules, dont le consentement ou le conseil est requis, sur le moyen de

suppléer au défaut de preuve de la mort ou de l'absence (*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 389).

SECTION X.

Des actes respectueux.

390. *Formes des anciennes sommations respectueuses, et formes nouvelles des actes respectueux.*
391. *Des termes impropres de* sommation, interpellation, consentement.
392. *Protestation de* passer outre.
393. *La comparution personnelle de l'enfant n'annulle pas l'acte.*
394. *Des signatures et mentions de signatures sur l'acte et sur ses copies.*
395. *La signification doit-elle être faite à personne ou à domicile seulement ?*
396. *L'enfant n'est pas tenu d'indiquer, par un acte préalable, le jour où l'on fera l'acte respectueux.*
397. *Il faut laisser copie à chacun des père et mère.*
398. *Chaque acte respectueux doit être adressé tant au père qu'à la mère, et non pas à l'un d'eux seulement.*
399. *Il faut faire mention de la réponse de chacun d'eux, quand ils s'y trouvent.*
400. *Le défaut de remise du procès-verbal de réponses n'entraîne pas la nullité de la notification.*
401. *Le défaut de mention de la remise de la copie, quand il est constant que cette remise a eu lieu, annulle-t-il la notification ?*
402. *Des procurations données par l'enfant pour faire les actes respectueux.*
403. *Les filles, après l'âge de vingt-cinq ans, ne sont tenues qu'à un acte respectueux.*
404. *Le père ne peut pas exiger que son enfant se transporte en une maison tierce, pour recevoir sa réponse à l'acte respectueux.*
405. *Les tribunaux mêmes ne peuvent pas ordonner que la*

fille se retirera dans une maison désignée pour n'émettre qu'ensuite sa demande de conseils.

406. *Le jour de la signification et celui de l'échéance doivent-ils n'être pas comptés pour les actes respectueux ?*

390. Dans la plus grande partie de la France, ces actes étaient autrefois signifiés par des huissiers. Dans le ressort du parlement de Paris, aux termes d'un réglement du 27 août 1692, ils ne pouvaient être faits, à Paris, que par deux Notaires, et ailleurs par un Notaire, en présence de deux témoins. Mais, comme le dit l'orateur du Gouvernement, au sujet de ceux qui étaient signifiés par huissiers « le plus souvent, la foi de ces actes était très-suspecte, et le ministère du sergent qui les dressait, les faisait considérer par les père et mère comme des actes d'agression et comme un nouvel outrage.... ». Et plus loin, « il était important de donner à ces actes la forme la plus respectueuse, et d'éviter l'impression toujours fâcheuse que fait le ministère des officiers publics chargés d'exécuter les actes rigoureux de la justice. Les actes respectueux ne devront plus être notifiés par les huissiers ; on emploiera les Notaires : ce sont les officiers dépositaires des secrets des familles, ceux dont elles réclament habituellement le ministère pour régler amiablement tous leurs intérêts ». Autrefois aussi ces actes portaient le nom de sommations respectueuses. Mais, dit encore l'orateur du Gouvernement, « on doit éviter l'expression même de *sommation* qui désigne mal un acte de soumission et de respect. Cet acte n'aura ni la dénomi-

nation ni les formes judiciaires. Il sera seulement nécessaire que son existence soit constatée par un procès-verbal ». Cependant, l'empire de l'habitude est tellement fort qu'on les nomme encore, dans l'usage, *sommations respectueuses;* deux mots incohérens, qui semblent impliquer contradiction entr'eux, l'idée de contrainte que fait naître le premier, ne pouvant s'unir à l'idée du respect.

391. A ce sujet, se présente la question de savoir si ces expressions de *sommation*, *d'interpellation*, impropres dans le langage, auraient, en outre, étant employées dans l'acte, l'effet d'en opérer la nullité. La Cour de Bordeaux (12 fructidor an XIII. J. P., 1er. de l'an XIV, pag. 248.— *Sirey,* tom. V, 2e. part., pag. 185) et celles de cassation et de Rouen (sect. des req., 4 novembre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 6 mars 1806. J. P., 3e. de 1808, pag. 257. — *Sirey,* tom. VIII, 1re. part., pag. 57.—*Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 524) ont jugé en sens différens. Il est vrai que l'arrêt de la Cour de cassation, en faveur de la négative, est ainsi motivé « attendu que le mot *sommation* est précédé, suivi et accompagné de termes révérentiels et respectueux ».

Nous pensons que le Notaire ne doit jamais employer, dans les actes respectueux, aucun terme peu mesuré, et doit éviter, par conséquent, ceux de *sommation*, d'*interpellation*, etc.; mais, d'un autre côté, les mots à employer n'ayant pas été déterminés par le Code, et les nullités ne devant être prononcées qu'avec la plus grande réserve,

surtout dans des actes que la loi favorise, comme tous ceux qui sont relatifs aux mariages, nous croyons, avec les Cours de cassation et de Rouen, qu'un de ces mots impropres ne suffit point pour faire annuller l'acte, lorsque le reste de son contenu est rédigé d'une manière convenable; et que les tribunaux doivent d'autant plus difficilement annuller ces actes, qu'ils sont toujours rédigés par le Notaire; qu'alors l'expression impropre est le fait de son inadvertance ou de son ignorance, et non celui du manque de respect de l'enfant.

D'après l'art. 151, les enfans demandent par l'acte respectueux le *conseil* de leur père et mère. On avait prétendu que ce mot ne pourrait être suppléé par celui de *consentement*, qui serait moins respectueux, en ce qu'il annoncerait de la part de l'enfant un projet arrêté. Mais la même Cour de Bordeaux (22 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 334. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 768). Et celle de Toulouse (27 juin 1821, J.P., 3e. de 1821, pag. 232) ont jugé, avec raison, que la demande de *consentement* renferme celle de *conseil*, attendu que l'une et l'autre mettent également les père et mère à même de répondre et de manifester leur volonté; que d'ailleurs la loi se sert également de ce premier mot, par exemple dans l'art. 153 du Code civil, qu'au surplus elle n'a pas fixé de termes à employer expressément.

392. La Cour de cassation (sect. des req., 24 décembre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom. J. P., 3e. de 1808, pag. 215.—*Sirey*,

tom. VII, 2e. part., pag. 1048.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 42), allant plus loin, a confirmé un acte dans lequel l'enfant, non seulement avait employé le mot de *consentement*, mais encore *avait protesté de passer outre au mariage*, *dont il était dans la ferme intention de ne point abandonner le projet.*

393. Des questions de mots, passons à des questions plus sérieuses, à celles de faits. On demande d'abord, si l'enfant doit être présent à la notification de l'acte respectueux. La jurisprudence a décidé, d'une manière uniforme, que la loi, ne prescrivant pas la comparition personnelle de l'enfant, les tribunaux ne peuvent créer une nullité que la loi ne prononce pas (Amiens, 17 frimaire an XII. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 543.—*Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 86. — Bruxelles, 21 frimaire an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 52. — Bordeaux, 22 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 334.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 768.—*Cass.*, sect. des req., 4 novembre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen. J. P., 3e. de 1808, pag. 257.—*Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 57. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 524 : qui ont jugé formellement la question. *Voyez* en outre, Caen, 12 décembre 1812. — Liége, 26 décembre même année. — Bruxelles, 30 janvier 1813. — Angers, 10 mars même année, cités nos. 395, 396, 402 et 406, qui l'ont jugée implicitement).

On peut même dire, avec la Cour de Toulouse, (arrêt du 12 juillet 1820 cité plus bas) que « l'acte

respectueux n'a pas pour but de mettre l'enfant en présence de l'ascendant; puisque ce système, loin d'être propre à concilier les esprits, servirait souvent à les aigrir, et pourrait donner lieu à des scènes affligeantes et scandaleuses ».

Il y a cependant un arrêt contraire de la Cour de Caen (1er. prairial an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 143). Mais elle paraît être revenue depuis à l'opinion des autres Cours. *Voyez* son arrêt du 12 décembre 1812, ci-après cité.

394. Mais il est clair que l'original de l'acte doit être signé de l'enfant, et que la copie doit faire mention de cette signature, et porter celle du Notaire, comme cela est exigé par tout autre acte (Bordeaux, 12 fructidor an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 248. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 769).

Et comme l'art. 154 porte, que l'acte sera notifié par deux Notaires, ou par un Notaire et deux témoins, il est également évident qu'il faut pour cet acte, comme pour tout autre, sur l'original la signature des deux Notaires ou du Notaire et des deux témoins, et sur la copie la signature du Notaire et la mention de celle des témoins (même arrêt de Bordeaux).

De plus, la notification participant de la nature des significations, les copies doivent, ainsi que l'original, être signées des deux témoins, ou du Notaire en second, comme du Notaire en premier (Paris, 12 février 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 471. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 56).

395. Il n'est point nécessaire que l'acte soit

notifié par l'enfant en personne, parce que la loi ne l'exige pas. Par la même raison, nous regardons qu'il n'est pas non plus nécessaire qu'il soit signifié à la personne des père et mère ou autres ascendans, et qu'il peut l'être également à leur domicile quand ils ne s'y trouvent pas (Bruxelles, 11 avril 1810. J. P., 2e. de 1810 pag. 286. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 304. — Angers, 10 mars 1813. J.P., 3e. de 1814, pag. 277. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part. pag. 65. — Douai, 22 avril 1819. J. P., 3e. de 1821, pag. 237. — *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 116. — Toulouse, 27 juin 1821. J.P., 3e. de 1821, pag. 233. — *Sirey*, tom. XXII, 2e. part., pag. 98. — Toulouse, 12 juillet 1821. *Ibid.*, pag. 237). « Attendu, dit ce dernier arrêt, que la loi n'exige pas que l'acte soit signifié à l'ascendant en parlant à sa personne; car ce serait rendre cette notification impossible, et entraver la liberté des mariages, que l'on a voulu favoriser; puisque le père de famille auquel trois actes respectueux devraient être adressés, comme dans l'espèce, averti des tems auxquels il doit les recevoir, ne manquerait pas de s'éloigner de son domicile, espérant obtenir de nouveaux délais, et tromper la prévoyance de la loi. Sans doute, le fils de famille doit faire ce qui est en lui pour que l'acte respectueux soit adressé au père lui-même; et s'il était prouvé qu'il a pris des mesures pour que le père ne fut pas rencontré dans son domicile, cette affectation, essentiellement opposée à la nature de l'acte, devrait être pesée dans la balance de la justice; mais hors ce cas, la notification est toujours régulière, quoique

l'on ne parle point à la personne de l'ascendant. L'on objecte vainement que les termes de l'art. 154 répugnent à cette interprétation, puisqu'ils exigent que le Notaire fasse sur son procès-verbal mention de la réponse de l'ascendant : il n'en faut pas conclure que l'acte doit être notifié à la personne. On fait mention, comme l'observe M. Toullier (1) de la réponse, du refus de répondre, ou de l'impuissance de répondre, résultant de ce que l'ascendant n'a pas été trouvé à son domicile. Il suffit que le refus de répondre ou l'absence de l'ascendant soient mentionnés dans le procès-verbal. Et en effet le vœu de la loi sera rempli ; car elle n'exige la mention de la réponse qu'en prévoyant le cas où il en est fait une ».

Un seul arrêt contraire existe à notre connaissance ; il est de la Cour de Caen (12 décembre 1812. J. P., 3e. de 1813, pag. 283). Il annulle un acte respectueux dont la copie avait été laissée au maire, « considérant qu'il faut s'assurer du moment où on pourra trouver les père et mère à domicile ; y retourner si on ne les y trouve pas ; enfin constater, par un procès-verbal, toutes les démarches faites à cet égard, et non pas saisir le moment où ils n'y seraient pas et se consenter de remettre une copie au maire ou au voisin, comme cela a lieu pour les significations d'actes ordinaires ». Nous n'approuvons pas la décision de la Cour,

---

(1) *Droit civil Français*, tom. 1er., pag. 462, 2e. note. *Voyez* aussi M. Delvincourt.

quoique dans l'espèce qui lui était soumise, il fut visible que l'on avait choisi le moment où les père et mère étaient hors de leur domicile; mais ce sont surtout les motifs donnés par la Cour que nous croyons devoir attaquer.

La loi n'a point ordonné que ces actes fussent notifiés *à personne*; elle s'est tû à cet égard, et son silence a été volontaire : d'un côté, en autorisant formellement les enfans à faire les notifications seulement *à domicile*, elle aurait craint de les encourager à fuir la présence de leurs parens, qu'ils ne sont que trop portés à éviter dans de pareilles circonstances; mais d'un autre côté aussi, en ordonnant expressément les notifications *à personne*, elle aurait également craint de faire dépendre du caprice et de l'entêtement des parens l'accomplissement ou la prompte exécution d'une formalité qui doit précéder un acte aussi favorisé que le mariage.

Son silence laisse ces notifications dans la loi générale prescrite par l'art. 68 du Code de proc., pour toute notification; car les actes respectueux, quoiqu'ils doivent être signifiés par des Notaires, n'en conservent pas moins leur caractère d'actes *extrajudiciaires;* et, pour les faire sortir des règles tracées pour les actes d'huissiers, une disposition expresse eut été nécessaire. Que si, comme l'a fait la Cour, on argumente de l'art. 154 du Code civ., qui exige que mention soit faite de *la réponse*, il est facile de répliquer que le Code de proc. exige la même mention pour toutes les notifications, qui cependant peuvent être faites indifféremment à

personne ou à domicile; que cet ordre s'entend seulement du cas où l'on trouve les personnes; que d'ailleurs l'article exige *la* réponse, et non *leur* réponse, c'est-à-dire, exige simplement la réponse qui sera faite quand on se transportera pour leur notifier l'acte.

396. A plus forte raison, faut-il décider, comme l'ont fait les Cours d'Angers et de Toulouse, dans les arrêts des 10 mars 1813 et 12 juillet 1820, cités n°. 394, que, avant de faire ces actes respectueux, l'enfant n'est pas tenu d'indiquer, par un acte préalable, les jours et heures auxquelles elles auront lieu, afin que les parens se trouvent chez eux. « Attendu, dit l'arrêt de Toulouse, que cette sommation antérieure adressée au père pour le constituer en demeure, serait peu respectueuse en soi, qu'elle aurait pour but de contraindre le père à recevoir un acte déplaisant pour lui, et que les rapports qui existent entre un père et un fils n'admettent pas un mode aussi inconvenant; que d'ailleurs on ne peut ajouter aux dispositions de la loi, et créer des formalités qu'elle n'a point prescrit de remplir ».

397. Mais comme la loi assujettit à demander le conseil du père et de la mère, comme ils sont là personnes bien distinctes, pouvant avoir avis différens, il faut laisser copie à chacun d'eux (arrêt de Caen, du 12 décembre 1812, cité n°. 395).

398. Par la même raison, chaque acte respectueux doit être adressé tant au père qu'à la mère, et non pas à l'un d'eux seul (Bruxelles 5 mai 1808.

Sirey, tom. IX, 2e. part., pag. 84. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 171).

399. Par la même raison encore, lorsque l'art. 154 exige qu'il soit fait mention *de la réponse*, ces mots doivent s'entendre comme signifiant qu'il faut faire mention de *la réponse de chacun d'eux*, quand on les trouve, et non pas seulement de celle du père tant pour lui que pour son épouse (Douai, 25 janvier 1815. J. P., 1er. de 1815, pag. 365. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 114).

400. Mais il n'est pas nécessaire que le Notaire laisse aux père et mère copie du procès-verbal de leurs réponses. Il n'est tenu de leur laisser que copie de l'acte respectueux (154 du Code civil), la loi n'imposant pas d'autre obligation, les juges ne pourraient pas ajouter à sa disposition, en prononçant la nullité de la notification pour défaut de remise de copie du procès-verbal des réponses (Besançon, mai 1808. *Dictionn. du Notariat*, tom. Ier. pag. 137 et *Journ. des Notaires*, art. 95).

401. Bien que, pour la validité de la notification, il faille que copie des actes respectueux soit remise à l'ascendant, le défaut de mention de cette remise, si d'ailleurs il est constant que la remise a eu lieu, n'annullera pas la notification, suivant un arrêt de la Cour de Bruxelles (18 juillet 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 85. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 171). Mais cet arrêt nous paraît contraire à l'art. 68 du Code de procédure civile, qui exige cette mention sur tout exploit.

402. La loi exigeant que l'on demande le conseil ou le consentement des père et mère, ou

ascendans, il ne suffit pas de les mettre à même de donner ce consentement ; il faut le leur demander par acte exprès et formel. Aussi la Cour de Bruxelles (30 janvier 1813. J. P., 1er. de 1814, pag. 285) a-t-elle jugé que le Notaire, chargé de notifier un acte respectueux, aux termes de l'art. 151, n'avait point satisfait à la loi, en notifiant simplement la procuration qu'il avait reçue à cet effet, et qu'il aurait dû demander ce conseil. Puisque cette demande constitue l'essence de l'acte respectueux, il faut qu'il soit fait par l'enfant ou par un mandataire.

On avait prétendu, devant la Cour de Liége, que les Notaires, en l'absence de l'enfant, devaient être porteurs d'autant de procurations spéciales qu'il y avait d'actes à notifier ; mais la Cour (26 décembre 1812. J. P., 2e. de 1814, pag. 396) a rejeté, avec raison, cette doctrine, qui, sans se fonder valablement sur aucun article, ne tendrait, en outre, qu'à multiplier inutilement les frais.

Il n'est pas même nécessaire que les Notaires soient porteurs d'aucune procuration spéciale de l'enfant. Il suffit qu'ils se disent agir à sa réquisition. Comme les huissiers et comme les avoués, ils doivent, en cette matière, être crus jusqu'à désaveu de la partie ; parce que ces sortes d'actes sont régis par les mêmes règles que les autres significations, dans les points où la loi n'y a point ajouté expressément (Liége, 20 janvier et 2 décembre 1813. *Dictionn. du Notariat*, tom. 1er., pag. 131).

403. L'art. 153 du Code civil dit: « après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement, sur *un* acte respectueux, passé outre, un mois après à la célébration du mariage ». On en a voulu conclure que les filles devaient aussi, après l'âge de 25 ans, faire trois actes respectueux; mais l'art. 152 dit implicitement qu'à cet âge elles ne sont tenues d'en faire qu'un seul, puisqu'il fixe à l'âge de vingt-cinq ans le terme jusqu'auquel elles devront faire trois actes respectueux. Il serait donc absurde de croire que le législateur eût voulu, par l'art. 153, contrarier l'art. qui précède immédiatement; il vaut mieux penser que cet art. 153 ne s'applique qu'aux fils, et choisir une interprétation qui mette les lois en harmonie plutôt qu'une qui les paralyse (Cour de Bordeaux, 22 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 334. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 768.—Grenoble, 10 février 1806.—Et Besançon, mai 1808. *Dictionn. du Notariat*, tom. Ier., pag. 130).

404. La loi, en prescrivant la notification de l'acte respectueux à l'ascendant, n'a pas réservé à celui-ci le droit d'ajouter aux règles prescrites par la loi pour ces notifications; et encore moins celui de les rendre plus onéreuses. Ainsi un père ne peut pas exiger que l'enfant, qui lui fait notifier l'acte respectueux à son domicile, se transporte en une maison tierce pour y recevoir sa réponse; et s'il l'exige, le refus fait par l'enfant de satisfaire à cette volonté de père, n'entraînera pas la nullité de l'acte (Bruxelles, 18 juillet 1808. *Sirey*,

tom. IX, 2e. part., pag. 85. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 171).

405. Les tribunaux mêmes ne pourraient pas, si une fille est majeure, sur la demande du père, et sous le prétexte que cette fille ayant déserté la maison paternelle, et s'étant placée sous le même toît que son amant, ne doit pas être réputée libre, ordonner qu'elle sortira du lieu où elle s'est réfugiée, et se retirera, pendant un certain tems, chez une parente, pour émettre ensuite sa demande de conseils en présence de son père. Les tribunaux, en cette circonstance, et par une telle décision, excéderaient leur pouvoir (*Cass.*, sect. civ., 21 mars 1809, cassant un arrêt de la Cour de Paris. *Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 199.—*Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 111).

406. L'art. 152 du Code civil porte que « l'acte respectueux..... sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois ». L'art. 1033 du Code de procédure civile dit que « le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les..... sommations et autres actes faits à personne ou domicile ». Ce second article est-il applicable au délai fixé par le premier? La Cour de Paris a jugé négativement, mais sans en dire la raison, non plus que le tribunal de première instance. La raison nous paraît être que la règle, posée par l'art. 1033 du Code de procédure civile, et tirée du Droit romain, *Dies termini non computantur*, est une faveur accordée à celui que la signification oblige à quelque chose, et que là où la signification n'oblige pas, il

faut observer le délai dans le sens le plus direct que présente la loi qui l'a fixé. Ainsi le sens le plus direct de ces mots de l'art. 152, *de mois en mois*, étant que la signification ou notification doit être faite à la même date des deux mois suivans, c'est à cette date, et non un jour plus tard, que la loi veut qu'elle soit faite (Paris, 19 octobre 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 348. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 271. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 66). Mais si la loi n'ordonne pas qu'elle soit faite un jour plus tard, elle ne le défend pas non plus. Le motif de la loi étant de donner aux parties le tems de se concilier, il est clair que si l'enfant ne peut pas anticiper sur le délai, il peut le retarder. Ainsi, il a été jugé, avec raison, que la notification faite plusieurs jours après le mois écoulé depuis l'acte précédent était encore valable (Liége, 20 janvier 1813. *Dictionn. du Notariat*, tom. Ier., pag. 138. *Journ. des Notaires*, art. 1013).

SECTION XI.

De la parenté ou alliance.

407. *Mariage entre un individu et la veuve du frère de sa première femme.*
408. *Entre un grand oncle et sa petite nièce.*
409. *Entre un neveu et la femme de son oncle.*

407. Les prohibitions étant des exceptions à la liberté générale, ne sont point susceptibles d'extension.

Ainsi la prohibition contre des alliés, pronon-

cée par l'art. 162 du Code civil, ne s'étend pas aux alliés des alliés, parce que l'affinité ne produit pas l'affinité (Lettre du Ministre de la Justice au procureur du Roi de Riom, disant que le mariage n'est point prohibé entre un individu et la veuve du frère de sa première femme). C'est d'après le même principe que la Cour de cassation a décidé, en matière de témoignage, qu'il n'y a point d'alliance entre un individu et la femme de son beau-frère (*Cass.*, sect. crim., 5 prairial an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 341).

408. Ainsi encore, le mariage n'est pas prohibé entre un grand-oncle et sa petite-nièce; car l'art. 163 ne le prohibe qu'entre l'oncle et la nièce (Décret du 7 mai 1808).

409. Enfin le mariage peut être contracté sans dispense entre un neveu et la femme de son oncle, « attendu que l'art. 163 du Code civil ne s'appliquant qu'aux oncles et nièces, tantes et neveux, proprement dits, il résulte qu'on ne peut étendre la prohibition qu'il prononce aux alliés au même degré, comme dans le cas de l'art. 162 (Autre lettre du Ministre de la Justice au procureur du Roi de Riom).

CHAPITRE II.

Des oppositions au mariage.

410. *L'opposition des filles et gendres ou neveux au mariage du vieillard n'est pas recevable, même sous le prétexte de l'affaiblissement de la raison.*

411. *Mais, à défaut d'aucun ascendant, l'opposition d'un frère ou d'une sœur, d'un oncle ou d'une tante, d'un cousin*

germain ou d'une cousine germaine, motivée pour cause de démence pourraît être reçue par le tribunal à la charge de provoquer l'interdiction.

412. *Dans ces cas, les faits doivent être articulés d'avance par écrit et les témoins désignés.*

413. *Un frère, ne peut s'opposer au mariage de ses sœurs, lorsqu'il existe un ascendant, par exemple, une ayeule qui y donne son consentement.*

414. *L'opposition d'un père au mariage de son enfant majeur n'est pas valable, si elle n'est pas fondée sur un empêchement légal.*

410. On a douté si les parens du vieillard, autres que ceux désignés par l'art. 174 du Code civil, tels, par exemple, que ses enfans, ses gendres ou neveux, pouvaient s'opposer à son mariage sous quelque prétexte tiré de son grand âge, comme l'affaiblissement de sa raison, sa facilité à s'être laissé séduire, l'inutilité d'un tel mariage pour la société, le but manqué de la loi, le danger pour sa famille, pour le vieillard même, etc. Deux arrêts ont jugé, avec raison, le premier (Bruxelles, 22 avril 1806. J. P., 2e. de 1806, pag. 190. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 157. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 157) que l'opposition des filles et gendres n'était pas recevable; et l'autre (Aix, 16 mars 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 10) que celle du fils et de la petite-nièce ne l'était pas davantage; et que le vieillard, malgré toutes les causes alléguées, pouvait se marier, nonobstant leur opposition. Et en effet, les lois comme la morale ne permettent pas que l'ascendant, non interdit, ait be-

soin du consentement de ses descendans, ou de ses collatéraux éloignés pour contracter mariage.

411. Les arrêts, des 22 avril 1806 et 16 mars 1813, que nous venons de citer, n'ont statué que sur des oppositions de descendans ou de neveux. La question serait résolue différemment si l'opposition, étant motivée pour cause de démence du futur conjoint, avait été formée, à défaut d'aucun ascendant, par un frère ou une sœur, un oncle ou une tante, un cousin-germain ou une cousine-germaine majeurs. Elle pourrait, dans ce cas, être reçue par le tribunal, mais à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer, dans le délai qui serait fixé par le jugement (art. 174, C. C.). La raison est que ce droit a été accordé spécialement à ceux-ci, soit comme ascendans, soit à cause de leur proximité collatérale. S'il est refusé au neveu, quoique parent à un degré plus proche que le cousin-germain, c'est qu'il tient lieu de descendant en ligne collatérale, et doit, sous ce rapport, respect à son oncle.

412. Il ne suffit pas même à ceux qui ont droit de former opposition, d'alléguer la démence. Tout autre opposant que l'ascendant, doit articuler par écrit des faits qui soient de nature à prouver la démence, et désigner les témoins qu'il se propose de faire entendre (176, C. C.). Il ne suffit pas qu'il offre de faire statuer sur l'interdiction, dans le délai qui sera fixé par le jugement (Colmar, 15 décembre 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 316. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part.,

pag. 93. — Paris, 29 messidor an XII. J. P., 2e. de l'an XII, pag. 445.—*Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 172).

413. L'opposition d'un frère ou d'une sœur et des autres collatéraux désignés par l'art. 174 du Code civil, ne pouvant être reçue qu'à défaut d'aucun ascendant, il est clair qu'un frère ne peut pas être admis à s'opposer au mariage de ses sœurs, lorsqu'il existe une aïeule qui y donne son consentement; et à plus forte raison, si ce frère est mineur. Ce serait non-seulement violer la disposition précise de l'art. 174, mais encore renverser tout le système de subordination qui doit régner dans une famille. Aucune circonstance ne pourrait faire valoir une telle opposition (Nîmes, 30 décembre 1806. J. P., 2e. de 1807, pag. 270. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1050).

414. Si le Code civil (art. 174) a limité les motifs d'opposition de la part des collatéraux, il n'en a pas disposé de même (art. 173) à l'égard des ascendans. Doit-on induire du silence de la loi, sur les motifs admissibles pour l'opposition de ceux-ci, qu'elle leur ait laissé toute latitude à cet égard; et que les juges soient seuls appréciateurs des bornes de cette latitude? En d'autres termes, les tribunaux peuvent-ils maintenir l'opposition d'un père au mariage de son enfant, même majeur, quoiqu'elle ne soit fondée sur aucun empêchement dirimant ou prohibitif. La Cour de Bourges (30 mars 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 543.—*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag.

169. — *Denevers*, tom XI, 2e. part., pag. 81) a jugé affirmativement cette question. Il s'agissait du mariage d'une fille avec un homme sorti des galères à tems, non réhabilité et qui avait abusé de l'état de domesticité pour la séduire. Mais la Cour Suprême a cassé cet arrêt (sect. civ., 7 novembre 1814. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 245), « attendu que par ce moyen indirect de l'opposition, l'ascendant recouvrerait la plénitude de puissance paternelle qui a cessé à l'époque où l'enfant a acquis la majorité de vingt-cinq ou trente ans.... — Qu'en laissant aux tribunaux le droit indéfini d'admettre l'opposition des ascendans, sur d'autres motifs que ceux capables de former un empêchement légal au mariage, ce serait imputer à la loi d'avoir créé un arbitraire, dont les suites pourraient être d'autant plus dangereuses que les motifs de l'opposition admise seraient contraires aux principes de la législation ; — Attendu enfin que cette doctrine résulte évidemment des expressions de l'orateur du Gouvernement, lors de la présentation du titre *du Mariage* au Conseil d'Etat ».

CHAPITRE III.

Des obligations qui naissent du mariage.

Obligations des père et mère envers leurs enfans légitimes. — Des obligations des ascendans, autres que les père et mère, envers leurs descendans légitimes. — Des obligations des enfans lé-

gitimes envers leurs ascendans. — Règles communes à tous les alimens dus.

415. Le mariage ne fonde pas seulement une famille; il lie encore chacun des époux à la famille de l'autre époux.

Comme époux, ils contractent naturellement et civilement des obligations l'un envers l'autre; comme auteurs de la famille qui naît d'eux, ils contractent des obligations envers toute leur descendance, directe ou alliée; et comme descendans eux-mêmes soit directement, soit par alliance, ils sont tenus, envers leurs ascendans directs ou alliés, des mêmes obligations qui lient à eux leurs propres descendans.

Ainsi du mariage et du lien de famille qui en résultent naissent trois sortes d'obligations.

Nous parlerons des obligations entre époux, en traitant de leurs droits et devoirs respectifs. Nous ne nous occuperons ici que de celles qui lient les ascendans et descendans entr'eux.

SECTION PREMIÈRE.

Obligations des père et mère envers leurs enfans légitimes.

421. *Ces questions, presque toujours de fait, ne sont presque jamais susceptibles du recours en cassation.*

422. *L'éducation des enfans, comme leurs alimens, doit se payer avec leurs propres revenus, s'ils en ont suffisamment.*

416. Nous n'avons à nous occuper ici, sous la rubrique du mariage, que des obligations qui existent envers les enfans légitimes : renvoyant à traiter, au titre de la paternité et de la filiation, des obligations qui existent envers les enfans naturels ou adultérins.

Les père et mère sont tenus de « nourrir, entretenir et élever leurs enfans » (art. 203 du Code civil).

L'obligation de fournir des alimens est réciproque entre les ascendans et les descendans ; et par le mot *aliment*, on doit entendre, suivant la loi 6, ff. *de Alim. vel cib. leg.* (1) la nourriture, le vêtement et le logement. L'obligation d'élever, c'est-à-dire, de procurer à l'enfant une éducation convenable à son état, est particulière aux père et mère. Nous verrons plus loin si le mot *enfant* ne comprend pas ici les petits enfans, à défaut de leurs père et mère.

417. Le devoir des père et mère est égal ; mais il faut considérer les facultés, *cùm ex æquitate hæc res descendat et charitate sanguinis* L. 5 §. 2, ff. *de Agnosc. et alend. lib.* Ainsi la mère est obligée seule de nourrir et élever ses enfans, lors-

(1) Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quià sine his ali corpus non potest : cætera quæ ad disciplinam pertinent legato non continentur.

qu'elle est riche et son mari pauvre (*Voyez* Rousseau-de-Lacombe au mot *aliment*).

418. Quoique l'art. 1409, §. V du Code civil, mette cette obligation au rang des charges de la communauté, elle n'en est pas moins aussi une dette personnelle à chacun des époux, pour laquelle les enfans ont action aussi bien contre leur mère que contre leur père, même pendant la durée de la communauté. Elle est une charge de la communauté, parce que l'entretien et la nourriture des enfans sont au nombre des frais de ménage. Mais la cause de cette obligation étant dans le titre même des père et mère, les enfans n'en conservent pas moins contre chacun d'eux l'action personnelle résultant de ce titre et de la cause de la dette. C'est ainsi que, bien que les intérêts des dettes personnelles aux époux soient à la charge de la communauté, le créancier conserve, pour ces intérêts, son action personnelle contre l'époux débiteur du principal (Colmar, 7 août 1813. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 373).

419. Suivant le droit Romain, les pères étaient tenus de cette obligation même envers leurs enfans qui étaient hors de leur puissance (*Dict. leg.* §. *I*). Selon notre jurisprudence, ils en sont tenus même envers leurs enfans majeurs ; car la loi ne distingue pas, à cet égard, les majeurs des mineurs, le motif de l'obligation, la paternité ou maternité, n'en continuant pas moins de subsister après la majorité des enfans.

Ils en sont tenus même envers leurs enfans qui leur ont donné des sujets de mécontentement,

plus ou moins graves. Ils ne peuvent s'en dispenser en exigeant que ceux-ci, pour gagner leur vie, embrassent un état au-dessous de leur naissance et de leur éducation, par exemple l'état de domesticité s'ils sont beaucoup au dessus de cet état (Colmar, arrêt n°. 418).

Ils ne peuvent s'en dispenser pour cause d'un mariage fait contre leur gré. Et en effet les art. 205, 207, et 208 du Code civil, ne mettent à cette obligation d'autres bornes que la proportion du besoin de ceux qui réclament les alimens, et de la fortune de ceux qui les doivent (*Cass.*, sect. des req., 7 décembre 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Grenoble. *Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 38. — Bruxelles, 19 janvier 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 366. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 317).

Mais ils en seront dispensés, si l'enfant a embrassé un état qui suffit à sa subsistance, comme l'état militaire (Nîmes, 20 août 1807. J. P., 3e. de 1808, pag. 284. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 755).

Ils peuvent en être dispensés lorsque, après qu'ils ont satisfait à leur dette d'alimens, en lui procurant une éducation convenable et en le dotant pour former un établissement, il tombe ensuite, par sa faute, dans le besoin, et qu'aucune force majeure, telle qu'une infirmité, ne l'empêche de continuer à se livrer au travail pour subsister (Trèves, 13 août 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 59).

420. Mais le père ou la mère peuvent, en offrant

de recevoir, nourrir et entretenir en leur demeure l'enfant à qui ils doivent des alimens, être dispensés par les tribunaux de payer la pension alimentaire. Ceci est laissé par la loi à l'arbitrage du juge (art. 211 du Code civil).

Ils en seront surtout dispensés, au moyen de cette offre, si l'enfant, étant d'ailleurs en état de gagner sa vie, a quitté le domicile paternel contre la volonté du père (Nîmes, 12 fructidor an XII. J. P., 1er. de l'an XIII, pag. 45. — *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 13. — *Denevers*, tom. III, 2e. part., pag. 11).

Mais les tribunaux peuvent aussi obliger les père et mère à fournir les alimens hors de la maison paternelle, aux enfans qui l'ont quittée pour mauvais traitement (Aix, 3 août 1807. *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 109).

421. Au reste les questions sur les circonstances qui nécessitent ou justifient tel ou tel mode de prestation, comme celles sur les besoins ou moyen qui doivent déterminer la quotité des alimens, n'étant que des questions de fait, les arrêts des Cours royales qui en décident ne sont pas susceptibles du recours en cassation, tant que ces cours se tiennent dans les bornes fixées par le Code civil à cet égard (*Cass.*, sect. des req., 14 germinal an XIII. — *Sirey*, tom. V, 1re. part., pag. 285. — *Denevers*, tom. III, 2e. part., pag 120).

422. L'obligation de procurer l'éducation, partant du même principe que celle de fournir des alimens, doit cesser par les mêmes causes, et par conséquent par le moyen qu'ont les en-

fans d'y subvenir eux-mêmes. Ainsi, après la mort de l'un des époux, l'éducation des enfans doit se payer avec leurs propres revenus, s'ils en ont suffisamment. Leur mère n'est pas tenue alors d'y contribuer, bien que remariée, et bien qu'ayant recueilli la moitié des biens de la communauté. Car l'éducation des enfans, comme toutes les autres charges annuelles de la communauté qui proviennent des dettes personnelles aux époux, n'est à la charge de la communauté que tant que cette communauté dure (Trèves, 20 janvier 1812. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 275).

SECTION II.

Des obligations des ascendans, autres que les père et mère, envers leurs descendans légitimes.

423. *Les aïeux ou aïeules et les autres ascendans plus éloignés doivent des alimens à leurs petits enfans légitimes, si les père et mère ne peuvent fournir ces alimens.*

423. Les aïeux et aïeules, et autres ascendans plus éloignés, doivent, à défaut de moyens de la part des père et mère, ou en cas de décès de ceux-ci, des alimens à leurs petits-enfans. L'art. 203 ne s'en explique pas d'une manière explicite ; mais l'art. 207 dit que « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques », et l'art. 205, auquel on doit rapporter grammaticalement l'expression, *ces dispositions*, de l'art. 207, porte : « Les enfans doivent des alimens à leurs père et mère *et*

autres ascendans » ; cela suffit pour que ces autres ascendans en soient tenus réciproquement envers leurs petits-enfans. D'ailleurs, c'est le cas d'interpréter les mots *leurs enfans*, de l'art. 203, dans le sens que les Romains attachaient au mot *liberi*, dénomination sous laquelle ils comprenaient toute la descendance directe, suivant la loi 220 ff., *de Verb. signif.* (*Cass.*, sect. des req., 28 octobre 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles. *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 45.—*Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 509).

SECTION III.

Des obligations des enfans envers leurs ascendans.

424. *De la solidarité entre les enfans de l'obligation de fournir des alimens à leurs ascendans.*
425. *La mort civile de l'ascendant n'éteint pas son droit à des alimens.*
426. Quid *à l'égard du convol de la mère en secondes noces ?*
427. *Des obligations des gendres et belles filles.*
428. *Ce n'est point à l'ascendant à justifier qu'il est dans le besoin.*
429. *Le descendant ne peut contraindre son ascendant à venir prendre les alimens chez lui.*

424. L'obligation dont les enfans sont tenus envers leurs ascendans de leur fournir des alimens, quand ils sont dans le besoin, est solidaire entre eux. C'est une maxime de l'ancienne jurisprudence (Rousseau-de-Lacombe, au mot *Alimens*); et elle est fondée sur trop de convenances pour qu'elle n'ait pas dû être conservée par la nouvelle (*Voyez* M. Toullier sur ce titre du Code civil).

Il y a d'ailleurs plusieurs arrêts rendus dans ce sens. En conséquence, le père n'est pas tenu de diviser son action contre chacun d'eux (Paris, 30 fructidor an XI. J. P., 3e. de l'an XII, pag. 109. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 779. — Colmar, 23 février 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 3. —*Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 13).

Mais l'enfant qui est condamné solidairement a son recours contre ses frères et sœurs, pour leur portion contributive (Colmar, 24 juin 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 542. —*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 16).

Cependant ce principe de solidarité doit céder à la disposition de la loi qui veut que les alimens dus ne soient fixés que proportionnellement aux moyens de celui qui les doit (art. 208). La solidarité ne pourra donc être exercée contre chacun d'eux que jusqu'à concurrence de ce qu'il sera jugé que sa fortune lui permet d'en payer (Paris, 11 frimaire an XII. J. P., 1er. de l'an XII, pag. 527. — *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 89).

425. La mort civile de l'ascendant n'éteint pas son droit à des alimens. Il semble cependant que la perte de tous les droits civils ne permette plus d'attacher à un droit purement naturel une action civile. Mais ce droit naturel est tellement sacré, que la jurisprudence a cru ne pouvoir en séparer l'action civile. En protégeant le refus du fils en pareil cas, elle eût donné le scandale de protéger de mauvaises mœurs : quoi de plus blâmable en effet, que le refus fait par un fils de fournir des alimens à son père même mort

civilement? (Paris, 18 août 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 331 — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 208).

426. A plus forte raison, les enfans doivent-ils des alimens à leur mère, bien qu'elle ait convolé en secondes noces, si le nouvel époux n'a pas des biens suffisans pour lui en fournir : car ici la mère n'a perdu aucun droit civil : et la loi n'a point admis le convol comme une cause de dispense de l'obligation de fournir des alimens (Colmar, 5 janvier 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 22).

427. Il y a plus : la loi veut (art. 206) que les gendres et belles-filles donnent des alimens à leurs beau-père et belle-mère qui sont dans le besoin. Ils peuvent y être condamnés conjointement avec leurs femmes ou maris (Paris, 30 frimaire an XIV. J. P., 1er. de 1806, pag. 342. — *Sirey*, tom. VII, 2.e part., pag. 776. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 170); et même solidairement (Arrêt de Colmar, cité no. 424, du 23 février 1813).

428. Ce n'est pas à l'ascendant à justifier qu'il est dans le besoin, parce qu'on ne peut exiger des preuves négatives. C'est au descendant à fournir la preuve contraire; et les alimens sont dus à l'ascendant, à la différence du descendant, encore qu'il n'ait aucune infirmité qui l'empêche de pourvoir à sa subsistance (Colmar, même arrêt). Observons que, dans cet arrêt, il s'agissait d'un ascendant qui, déjà âgé de plus de cinquante ans, était d'ailleurs par ses habitudes, comme par la

classe à laquelle il appartenait, dans une sorte d'impossibilité de se procurer sa subsistance par un travail manuel. Il eût pu, à la vérité, solliciter un emploi. Mais, outre qu'il n'était pas sûr d'en obtenir un, le descendant avait assez d'aisance pour ne pouvoir convenablement réduire son ascendant à cette nécessité. On sent, au reste, que ces questions dépendent beaucoup de l'âge de l'ascendant, et des circonstances de son état ou position sociale.

429. Le descendant ne peut contraindre son ascendant à venir prendre chez lui les alimens. Il est plus convenable, si l'ascendant s'y refuse et que le descendant ait peu de moyens, de réduire la pension alimentaire. C'est la seule voie raisonnable pour ne pas blesser le respect dû par le descendant à l'ascendant (Besançon, 14 janvier 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 161).

SECTION IV.

Règles communes à tous les alimens dus.

430. *Celui à qui des alimens sont dus ne peut exiger qu'il lui soit donné un capital, en représentation et extinction de ces alimens.*

431. *Une pension alimentaire est toujours insaisissable, même lorsque le contrat n'en porte pas la clause.*

432. *L'obligation civile de payer des alimens ne cesse pas par la renonciation du créancier.*

430. Des alimens n'étant jamais que des charges annuelles, dont l'obligation peut cesser d'un moment à l'autre et ne naît d'ailleurs qu'à

mesure des besoins, celui à qui il est dû des alimens, ne peut jamais, fût-il ascendant du débiteur, exiger qu'il lui soit donné un capital en représentation et extinction de ces alimens (Montpellier, 1er. décembre 1806. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 778).

431. C'est encore une règle commune à tous les alimens, qu'une pension viagère et alimentaire soit insaisissable, même lorsque le contrat n'en porte pas la clause (Aix, 27 mars 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 146.—*Denevers*, tom IV, 2e. part., pag. 175).

432. L'obligation civile de payer des alimens ne cesse pas par une renonciation faite d'avance par celui à qui la loi les accorde : c'est un droit qui naît du besoin, et que la sagesse de la loi n'accorde qu'au moment où nait ce besoin. On ne peut donc pas renoncer d'avance à la protection de la loi pour un besoin qui n'est pas encore né. Autrement, on pourrait ainsi rendre vaine cette protection, chose que l'équité et la raison publique ne permettent pas de souffrir. La Cour de Bruxelles (17 juin 1807. J. P., 3e. de 1808, pag. 441.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 325) l'a ainsi jugé, à l'égard d'un enfant naturel; et la même décision doit être étendue à toute personne qui a droit de demander des alimens.

CHAPITRE IV.

Droits et devoirs respectifs des époux.

Fondemens de ces droits et devoirs. — Des autori-

sations maritale ou judiciaire données à la femme mariée.

SECTION PREMIÈRE.

433. *Fondemens des droits et devoirs des époux.*

433. Les époux ont des droits et des devoirs respectifs. Ces droits et devoirs sont fondés, d'une part, sur l'autorité donnée au mari comme chef de la famille, sur les obligations qu'il contracte, en cette qualité, tant envers la personne de sa femme que relativement à ses biens; et d'autre part, sur l'obéissance que la femme doit à son mari, pour le maintien de l'unité dans l'administration des intérêts communs (*Voyez* les art. 212, 213 et 214 du Code civil).

Les conséquences de ces droits et devoirs, qu'il importe le plus aux Notaires de connaître, sont celles qu'on en déduit pour la nécessité de l'autorisation maritale, pour la manière d'y suppléer par l'autorisation judiciaire, et pour les exceptions que la nature des circonstances ou des affaires peuvent y apporter. C'est donc principalement de ces autorisations que nous allons traiter ici.

SECTION II.

Des autorisations maritale ou judiciaire données à la femme mariée.

De la nature et de la validité de ces autorisations. — De la forme de l'autorisation. — Du tems dans lequel l'autorisation doit être donnée. —

Des effets du défaut d'autorisation de la femme mariée.—De l'autorisation des femmes mineures. — De l'autorisation des femmes dont le mari est absent. — De l'autorisation des femmes marchandes, ou dont le mari est marchand. — De l'autorisation des femmes étrangères. — De l'autorisation des femmes normandes.

§. Ier.

De la nature et de la validité de ces autorisations.

434. *L'autorisation maritale est-elle suffisante dans tous les cas, même dans ceux où l'obligation de la femme a pour objet l'utilité personnelle du mari, directe ou indirecte? Et réfutation de la maxime* nemo potest esse auctor in rem suam.

435. *L'autorisation judiciaire n'est jamais que supplétoire.*

436. *Elle n'empêche pas le mari d'assister aux actes pour lesquels elle a été donnée.*

434. La première question qui se présente est celle de savoir si le mari peut toujours autoriser sa femme à faire les actes d'aliénation, de donation, d'hypothèque, d'acquisition, énoncés dans l'art. 217 du Code civil; s'il le peut également dans les cas où l'obligation que contracterait la femme aurait pour objet l'utilité personnelle du mari; s'il ne devient pas incapable, d'après la maxime que personne ne peut autoriser dans sa propre cause, où il serait juge et partie, *nemo potest esse auctor in rem suam.*

Ces questions ont été controversées, et même diversement jugées depuis le Code civil, qui, prenant pour base du droit commun, en matière

de société conjugale, le régime de la communauté tiré de nos coutumes, permettant toutefois de se marier sous le régime dotal qui gouvernait les pays de droit écrit, a réuni sous la même législation des provinces accoutumées à suivre des règles différentes en cette matière.

Plusieurs jurisconsultes des anciens pays de droit écrit, entraînés par la maxime, *nemo potest esse auctor in rem suam*, veulent qu'on fasse les distinctions suivantes :

Si l'acte, disent-ils, pour lequel la femme reçoit l'autorisation du mari, n'a pas pour objet l'utilité de ce dernier, alors son autorisation est toujours valable.

Si l'acte a trait à l'utilité du mari, il y a trait ou médiatement ou immédiatement : médiatement, s'il est souscrit au profit des tiers; immédiatement, s'il est souscrit au profit du mari.

Dans le premier cas, la cause étant celle du tiers vis-à-vis duquel la femme contracte, le mari et la femme représentant dans l'acte un seul intérêt en opposition avec celui du tiers, l'intérêt du mari n'étant séparé de celui de sa femme que dans un effet postérieur et non dans l'acte, le mari n'y est point auteur en sa propre cause, la maxime citée plus haut est inapplicable, et il faut admettre la validité de l'autorisation. Ainsi, ils estiment que la femme peut diminuer son hypothèque légale en y subrogeant un créancier de son mari; vendre ou donner ses biens, pour son mari ; en un mot, faire, dans l'intérêt de son mari, vis-à-vis des tiers, tous les actes

dont parle l'art. 217 ; sous les réserves toutefois que la loi fait expressément à l'égard des biens dotaux, pour l'aliénation desquels l'incapacité n'est pas seulement de la part de la femme, mais aussi de la part du mari (1558).

Mais dans le deuxième cas, ajoutent-ils, la maxime *nemo potest*, etc., reçoit son application, et l'autorisation n'est point valable. Ainsi l'art. 2044 défend à la femme de consentir à son mari la restriction de l'hypothèque légale; l'art. 1595 prohibe la vente entr'époux, sauf les trois cas d'exception qu'il précise et l'art. 1096 prononce la révocabilité de toutes les donations faites entre époux pendant le mariage; d'où ils concluent que la femme ne peut consentir directement au profit de son mari, sous la seule autorisation de celui-ci, aucun des actes énoncés dans l'art. 217.

Si on objecte aux partisans de ce système qu'ils ne sont pas conséquens avec eux-mêmes, que la règle *nemo potest*, etc., une fois admise, l'autorisation du mari devient insuffisante dans les deux cas, soit qu'il ait un intérêt direct ou indirect à l'acte ; parce que, dans l'un et l'autre cas, il serait toujours *auctor in rem suam;* ils répondent que l'autorisation du mari doit suffire, quoiqu'il ait un intérêt direct à l'acte, toutes les fois que la femme traite avec un tiers, 1°. parce que l'art. 217, qui a évidemment en vue, dans sa disposition, les traités de la femme avec les tiers, ne contient aucune exception pour le cas où l'acte serait fait dans l'intérêt du mari ; 2°. parce que l'art. 1431 indique même que l'esprit du législateur a été

que la femme put souscrire de pareils actes, sans avoir recours à l'autorisation de la justice, puisqu'il se borne à dire que, dans les obligations solidaires qu'elle contracterait avec son mari, elle ne sera censée s'être obligée que comme caution; 3°. parce qu'enfin dans un acte fait directement par la femme au profit de son mari, sans intervention de tiers, la loi peut protéger sans injustice la femme plus que le mari, cette protection n'étant que la compensation des autres avantages que la loi donne au mari sur elle; tandis que, dans un contrat fait entre le mari et la femme d'un côté, ou la femme seule dans l'intérêt de son mari, et un tiers de l'autre côté, la loi ne pourrait sans injustice protéger la femme, aux dépens ou aux risques de ce tiers, auquel aucun avantage n'est accordé en compensation du tort qu'il éprouverait; qu'il suffit alors que la loi accorde à la femme un recours sur son mari.

Nous reconnaissons d'abord, avec les partisans de ce système, que l'autorisation du mari est valable quand elle n'a pas pour objet l'utilité de ce dernier. Ce n'est pas sur ce premier point que porte la difficulté.

Mais quand l'acte a trait à l'utilité du mari, nous n'admettons pas la distinction qu'ils font entre le cas où il y a trait indirectement et celui où il y a trait directement. Et l'autorisation nous semble également valable dans l'un et l'autre cas.

Pour le premier cas, adoptant les raisons qui

ont été développées plus haut, nous ferons observer qu'elles ont été consacrées par la jurisprudence.

Plusieurs arrêts ont en effet confirmé des actes souscrits au profit de tierces personnes par des femmes, sous la simple autorisation de leurs maris, quoique ces maris y fussent intéressés indirectement; tels que des obligations solidaires entre mari et femme au profit d'un tiers prêteur, des cautionnemens consentis par des femmes depuis la promulgation du Code civil pour leur mari, bien qu'elles eussent été mariées sous l'empire du sénatus-consulte Velléien, et d'autres actes semblables (*Cass.*, 12 février 1811, cassant un arrêt de la Cour de Poitiers. J. P. 1er. de 1811, pag. 513. — *Id.*, sect. des req., 5 mars 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen. J. P., 1er. de 1811, pag. 484. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 180. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 174. — *Id.* sect. civ., 27 août 1810, cassant un arrêt de la Cour de Rouen. J. P. 1er. de 1811, pag. 145. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 40. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 535. — Gênes, 30 août 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 561. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 181. — *Cass.*, sect. civ., 13 octobre 1812, cassant un arrêt de la Cour de Turin, du 27 août 1810. J. P., 2e. de 1813, pag. 52. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 143. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 108. — Bordeaux, 2 août 1813. J. P., 3e. de 1815, pag. 476. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 106. — *Cass.*, 8 novembre 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Col-

mar. J. P., 2e. de 1815, pag. 254. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 113. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 37. — Caen, 2 août 1814. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 399).

Nous citerons encore, au titre des hypothèques, en examinant les actes de subrogation de la femme dans son hypothèque légale, plusieurs arrêts qui décident implicitement la question dans le sens de la validité de l'autorisation maritale pour les actes où son intérêt n'est qu'indirect. L'ancien droit vient aussi à l'appui de cette opinion ; la femme pouvait toujours s'obliger envers les tiers dans l'intérêt du mari ; il ne fallait en excepter que les pays régis par le sénatus-consulte Velléien, où l'obligation de la femme pour le mari était toujours nulle ; sénatus-consulte qui a été entièrement abrogé par le Code.

On a argumenté, contre cette opinion, de l'art. 1427 du Code civil, que l'on citait comme exigeant l'autorisation de la justice afin que la femme put s'obliger dans le cas le plus intéressant pour le mari, dans celui où il s'agit de lui rendre sa liberté. Mais on n'a point fait attention, 1°. que, d'après la contexture de cet article, l'autorisation de la justice n'est exigée que dans le cas de l'absence du mari (1) ; 2°. que, placé après l'art. 1426 qui déclare insuffisante l'autorisation de la justice qui serait donnée à la femme pour engager les

---

(1) « La femme ne peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de prison, ou pour l'établissement de ses enfans en cas d'absence du mari, qu'après y avoir été autorisée par justice » (1427 du C. civ.).

biens de la communauté, il vient comme modification de cet art. 1426, spécifier les cas où l'autorisation de la justice lui est suffisante pour remplacer, et non pas exigée pour exclure, l'autorisation du mari (arrêts de Gênes du 30 août 1811, et de Cassation, 8 novembre 1814 ci-dessus cités. Ainsi l'autorisation du mari est suffisante pour les cas prévus par l'art. 1427.

Passons à l'examen du deuxième cas, celui où l'acte fourni par la femme a pour objet l'utilité direct du mari.

Nous ferons d'abord remarquer qu'aucun des arrêts que nous avons cités, et dont nous avons lu les motifs avec beaucoup d'attention, n'autorise à penser que l'autorisation du mari soit insuffisante pour un tel acte. Le seul arrêt de cassation du 13 octobre 1812, semble laisser la question dans le doute, en disant « qu'il ne faut pas en effet confondre le cas particulier où la femme Borelli s'est obligée par le même acte conjointement avec son mari, envers des tiers, *avec celui où une femme contracte une obligation personnelle envers son mari;* que la disposition de l'art. 1427, *quel que soit le sens dans lequel il peut être entendu*, ne peut recevoir dans l'espèce aucune application ».

C'était la section civile qui s'exprimait ainsi. Mais la même section civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 novembre 1814, dissipa entièrement ce doute, et rejeta, quant à la validité de l'autorisation maritale, toute distinction entre l'utilité directe et l'utilité indirecte du mari. Elle y déclara expressément « qu'aux ter-

mes des art. 217, 218 et 222 du Code civil, l'autorisation dont la femme a besoin pour contracter, ne peut être demandée en justice que lorsque le mari refuse ou est dans l'impossibilité de la donner ; qu'ainsi de sa nature, l'autorisation de la justice *n'est qu'un acte supplétoire*, qui devient inutile lorsque l'autorisation du mari existe ; que vainement on oppose que ce principe a été modifié par l'art. 1427 du Code civil ; que, pour déterminer le véritable sens de cet article, il faut le conférer avec celui qui le précède immédiatement ; que par cet article (1426) il est dit que la femme, non marchande publique, ne peut engager les biens de la communauté, lorsqu'elle ne contracte qu'avec l'autorisation de la justice ; que l'objet de l'article suivant est de dire, par exception à cette règle, qu'avec la seule autorisation de la justice, la femme peut valalablement engager les biens de la communauté, lorsqu'il s'agit, 1°. etc. (*voyez* l'article) ; que l'art. 1427 étant évidemment réduit à cette disposition, ainsi qu'il résulte de son propre texte, sainement entendu, et de la discussion à laquelle il a donné lieu au tribunat, il n'est aucun prétexte d'en conclure qu'il déroge au principe général posé dans les art. 217, 218 et 222, principe qui a existé de tout tems et qui est une conséquence naturelle, inhérente à l'autorité maritale ».

Deux arrêts, l'un de la Cour d'Aix du 28 thermidor an XII (J[al]. de la J. du C. C., tom. III, pag. 123) ; l'autre de la Cour de Turin du 17 décembre 1808 (même journal, tom. XIV, pag. 164)

ont jugé, il est vrai, que l'autorisation du mari était insuffisante, et celle de la justice nécessaire toutes les fois que le mari avait un intérêt direct ou indirect dans l'acte souscrit par la femme. Et la Cour de Turin renouvelle la même décision dans un arrêt du 27 août 1810, s'appuyant toujours sur la maxime *nemo potest*, etc. Mais c'est ce dernier arrêt qui a été cassé par celui du 13 octobre 1812, sect. civ., ci-devant cité.

Que devient donc la maxime si souvent invoquée, *nemo potest esse auctor in rem suam*, nul ne peut autoriser à son profit? Et d'abord cette maxime est-elle bien vraie? Est-elle même tirée des livres du droit Romain? Nous ne connaissons aucun texte des lois Romaines qui la donne avec cette généralité d'exclusion qu'embrasse le mot *nemo*, *personne*. On voit bien, dans la loi 1re. §. 13 du digeste au titre *ad senatusc. Trebell.* ces mots, *quià in rem suam auctor esse non potest*. Mais le mot *nemo* n'y est pas joint, et la loi se rapporte à un tuteur ou curateur qui demande au pupille ou mineur la restitution de l'hérédité en vertu d'un fidéi-commis. Cette maxime est répétée plusieurs fois dans les mêmes termes, ou en termes équivalens, au titre *de Autoritate et consensu tutor. vel curat.*, mais toujours appliquée au tuteur ou curateur, et jamais avec le mot *nemo*. Ce sont les interprètes qui y ont introduit ou substitué cette expression. M. de Ferrière s'en est servi à leur exemple dans ses Commentaires sur les Institutes ; mais il ne renvoie qu'aux textes que nous venons de citer, et qui ne la contiennent pas.

Ainsi dégagés de l'autorité des lois Romaines, nous pouvons démontrer l'erreur des interprètes, et la fausseté de leur maxime dans sa généralité. C'est servir les sciences que de les purger de leurs fausses maximes.

L'autorité ou le pouvoir de diriger les actions d'autrui a été établi ou pour l'intérêt de la personne dirigée, ou pour l'intérêt du dirigeant, ou pour l'intérêt commun de l'un ou de l'autre.

Si cette distinction est incontestable, et nous le pensons, il faut rejeter, comme trop générale, la maxime, *nul ne peut autoriser à son profit :* car il est clair que nous pouvons employer à notre profit l'autorité qui a été établie dans notre seul intérêt. Le maître pouvait, suivant le droit Romain, ordonner à son esclave de travailler pour autrui. A plus forte raison, il pouvait le lui ordonner pour lui-même. Le père le pouvait aussi à l'égard de son fils qui était sous sa puissance paternelle, parce que cette puissance avait été établie pour l'intérêt commun du père et du fils, ou, si l'on veut, de la famille. Le mari le pouvait également à l'égard de sa femme, par la même raison.

Il était également reçu dans les pays coutumiers que la femme n'avait pas besoin d'autre autorisation, dans les contrats entre elle et son mari, que de celle de son mari. Les dons mutuels se faisaient avec cette simple autorisation; et l'on sait qu'ils ne pouvaient être révoqués que du consentement des deux parties. Une donation semblable a même été annullée par un arrêt du

28 août 1635 que rapporte Auzanet, non pour défaut d'autorisation de la justice, mais pour défaut d'autorisation expresse du mari. Pothier, qui n'adoptait pas légèrement les maximes des interprètes, quelque crédit qu'elles eussent obtenu, cite aussi cet arrêt d'après Auzanet, et fait remarquer cette différence entre le tuteur et le mari, que le premier ne peut pas autoriser le mineur à son profit, tandis que le mari peut y autoriser sa femme; parce que l'autorité du tuteur a été établie dans l'intérêt du mineur, ce qui ne reçoit, ajoute-t-il, aucune application à l'autorisation du mari (*Voyez* Pothier, en son *Traité de la puissance du mari*, n°. 42). Notre jurisprudence nouvelle a admis aussi depuis long-tems la validité des dons entre mari et femme faits sous la simple autorisation du mari. Et la révocabilité de ces dons, quoique qualifiés entre-vifs, quand ils sont faits pendant le mariage, ne nous paraît pas un argument contre la suffisance de cette autorisation. Nous dirons la même chose de la disposition du Code qui ne permet la vente entre époux que dans trois cas prévus. Quant à la prohibition d'aliéner le fonds dotal, sans l'autorisation de la justice, et dans les cas seulement prévus par la loi, elle n'est, ainsi que celle de restreindre l'hypothèque légale de la femme avec le seul consentement du mari, qu'une exception qui confirme la règle générale. Si elles n'eussent pas été établies, il eut fallu pour ces cas, comme pour les autres, rentrer dans la règle génerale. Ainsi, selon le droit Romain, comme selon le droit coutu-

mier et notre jurisprudence nouvelle, il faut rayer l'expression *nemo* de la maxime introduite par les interprètes, comme la rendant fausse par trop de généralité, et y restituer selon les textes du droit Romain, les mots *tutor*, *curator*, etc.

Concluons de cette dissertation que, à l'exception de quelques cas particuliers, cités plus haut, et expressément prévus par la loi, l'autorisation du mari est toujours suffisante, même dans les actes où la femme traite directement avec lui et à son profit. Quelques anciens jurisconsultes de nos pays coutumiers, tels que Ricard, Lebrun, et d'autres allaient même beaucoup plus loin. Ils prétendaient que la femme n'avait besoin d'aucune espèce d'autorisation dans les contrats qui intervenaient, durant le mariage, entre elle et son mari, comme les dons mutuels. Mais Pothier refute cette opinion; et c'est à ce sujet qu'il cite l'arrêt rapporté par Auzanet, dont nous venons de parler.

435. L'autorisation judiciaire n'est jamais que supplétoire de celle du mari. Nous renvoyons, pour la démonstration de ce principe, aux attendus, relatés dans le numéro précédent, de l'arrêt de Cassation du 8 novembre 1814.

436. Observons que, même dans les cas où, d'après l'art. 219 du Code civil, la femme s'est fait autoriser en justice, sur le refus du mari de lui donner son autorisation, ce dernier a toujours le droit d'assister aux actes qu'elle passe, parce qu'il peut toujours être intéressé à en avoir

connaissance (Paris, 8 décembre 1813. J.P., 2e. de 1814, pag. 462).

§. II.

De la forme de l'autorisation.

gérer n'autorise pas la femme à souscrire un billet à ordre pour lui.

450. *Mais le transport par la femme au créancier du mari d'un des effets commerciaux de celui-ci, pour acquitter sa dette, n'excède pas le mandat général d'administrer.*

451. *De l'acquisition que ferait pour son compte une femme qui n'aurait qu'un mandat à l'effet d'acquérir pour le compte de son mari.*

437. Le droit commun en France était, avant le Code civil, que la femme ne pouvait contracter sans l'autorisation ou le consentement *exprès* de son mari. Sinon, le contrat était nul, non-seulement tant que durait le mariage, mais encore après la dissolution du mariage (Dumoulin, sur la *Coutume de Troyes*, 139 ; Rénusson, chap. VII, n°s. 3 et suivans). Quelques jurisconsultes tenaient même que le mot *autorisée* était sacramentel et et ne pouvait se suppléer. Il fallait, suivant eux, que le mot *autorisée* fût apposé à l'acte ou qu'il fût dit que la femme contractait sous *l'autorité* de son mari (Pothier, *Traité de la puissance du mari. Voyez* aussi Rousseau-de-Lacombe, au mot *Autorisation*). Il y avait cependant des Coutumes où le consentement implicite suffisait.

438. Les rédacteurs du Code civil ont donné la préférence à ces dernières, comme étant plus conformes à la raison. Ainsi, à défaut d'autorisation expresse ou de consentement explicite, le concours du mari dans l'acte suffit, parce qu'il prouve le consentement. Sinon, il faut que le consentement soit par écrit (art. 217 C. civ.).

439. La Cour d'Agen a même appliqué cette

disposition du Code à un acte fait en l'an IX, où le mari acquérant conjointement avec sa femme, ne l'avait point autorisée expressément. La Cour a pensé que l'ancienne jurisprudence étant incertaine ou controversée en cette matière, elle pouvait être interprêtée par le Code civil (Agen, 28 pluviose an XII. *Sirey*, tom. IV, 2e. part, pag. 137).

Il en eût été autrement, si la coutume ou les statuts du lieu y eussent été formellement contraires, parce qu'alors il n'y aurait pas eu lieu à interprétation (Colmar, 23 décembre 1809. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 268). *Voyez* d'autres arrêts que nous citons en traitant de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme.

440. Lorsque l'acte passé par la femme est signé du mari, cette signature suffit pour prouver sa présence au moment de la rédaction de l'acte, et par conséquent son concours à l'acte, quoique cette présence ou ce concours n'y soit pas formellement énoncé. Elle suffira donc aussi, pour valider l'autorisation, qu'on y dît donnée à la femme par le mari. La Cour de Paris (10 décembre 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 566) l'a jugé ainsi, pour un acte authentique; et la Cour de Turin (17 décembre 1810. J.P., *ibid.*, pag. 171.—*Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 231.—*Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 187), pour un sous seing-privé.

Cette dernière a décidé en outre que la signature du mari, bien qu'apposée après celle de la femme, mais avec déclaration qu'il l'a autorisée, suffit pour valider l'obligation, s'il n'est pas

prouvé que cette signature soit postérieure à la passation de l'acte, parce que, dans le silence de la loi, le consentement marital peut être donné avant ou lors de la passation de l'acte. Cette dernière décision de la Cour de Turin nous paraît fondée en thèse générale, mais erronée dans l'espèce où elle a été rendue, parce que les mots de *autorisée du mari*, se trouvant seulement après la clôture de l'acte, et de la main du mari, et d'une encre différente, rien dans l'acte ne faisant d'ailleurs présumer la présence du mari, lors de sa passation, ces circonstances étaient assez fortes pour faire croire que ces mots avaient été apposés après coup.

441. Quant aux actes judiciaires, point de doute que la femme n'y procède valablement avec le seul concours de son mari, plaidant ou défendant ou procédant conjointement avec elle. Telle était l'ancienne jurisprudence des pays même où, dans les contrats, l'autorisation expresse était requise. Et quoique l'art. 215 ne semble pas donner à cet égard la même latitude que l'art. 217, cependant il a été jugé constamment qu'ils devaient s'interpréter l'un par l'autre; et que le nouveau droit ne dérogeait pas, sur ce point, à l'ancien (Montpellier, 2 janvier 1811. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 211. — *Cass.*, sect. des req., 22 avril 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai. J. P., 2e. de 1808, pag. 49. — *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 526. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 227).

442. La procédure et les actes sont valables,

même lorsque la femme y aurait des intérêts distincts de son mari (*Cass.*, sect. des req., 10 juillet 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Agen. J.P., 2e. de 1811, pag. 484. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 344. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag 395). Cependant, la Cour de Bordeaux a jugé le contraire pour le cas où la femme n'a dans l'instance que des intérêts distincts de ceux de son mari (25 août 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 185. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part. pag. 188). Mais sa décision ne nous paraît pas devoir être suivie, parce que, dès que le Code a consacré le principe que le concours du mari dans l'acte est une preuve suffisante de son consentement, sans distinguer si la femme a dans l'acte un intérêt distinct ou commun, il n'est plus permis aux juges de distinguer. Et ce que le législateur a voulu pour les contrats, il doit être réputé l'avoir voulu, à plus forte raison, pour les actes judiciaires, où la présence du juge garantit que la femme ne fait rien contre le consentement de son mari, et où le juge pourrait, d'ailleurs, suppléer à ce consentement, s'il était refusé par le mari.

443. La règle générale étant la dépendance des femmes mariées, et l'autorisation n'étant qu'une exception à cette règle, il suit que l'autorisatiou doit être interprêtée dans son sens strict et ne pas être étendue d'un cas à un autre. Aussi, la Cour de Paris (4 décembre 1813. J. P., 2e. de 1814, pag. 508) a décidé avec raison que le mandat donné à la femme de faire les fonds nécessaires pour l'acquittement de lettres de change

souscrites par lui n'emporte pas autorisation à sa femme de s'obliger personnellement. Mais, par le même arrêt, la Cour a décidé à tort, selon nous, que, dans tous les cas, cette autorisation serait nulle comme générale (223, C. C.), parce qu'elle n'exprimerait pas le montant des effets. Du moment qu'ils étaient désignés, quelqu'en fût le montant, l'autorisation était spéciale, puisqu'elle ne pouvait être appliquée qu'à ces effets désignés, et que ces effets existant déjà, lors de l'autorisation, formaient des objets certains, exclusifs de toute idée de généralité, comme de variabilité quant à leur montant. Il faudrait décider autrement dans le cas où une autorisation serait donnée pour payer *tous effets ;* parce que, alors, l'autorisation serait générale, et prohibée par l'art. 223 du Code civil, ainsi que nous allons essayer de le démontrer.

444. L'art. 223 du Code civil nous paraît avoir voulu que, pour faire un acte qui excède l'administration de ses biens, la femme eut besoin d'une autorisation, non pas seulement spéciale quant à l'espèce d'acte, mais spéciale quant à l'acte même ; qu'ainsi l'autorisation de faire tous emprunts ou toute autre espèce de contrat ou d'engagement ne fut pas valable, mais seulement l'autorisation de faire l'emprunt d'une somme déterminée.

Remontons, pour la solution de cette question, à la cause qui a fait restreindre aux actes d'administration, toute autorisation générale donnée à la femme, même par contrat de mariage (223 Code civil).

Cette cause est-elle l'intérêt de la puissance maritale? La puissance maritale, avons-nous dit dans la première section de ce chapitre, a été établie, non dans l'intérêt seul du mari, ni dans l'intérêt seul de la femme, mais dans l'intérêt commun de la famille, qui ne peut être bien régie que par une seule volonté. Cette puissance amène bien à sa suite, comme conséquence, la nécessité de l'autorisation maritale; mais est-elle la véritable et l'unique cause de la restriction de l'autorisation générale à l'administration des biens de la femme? Plusieurs raisons tendent à démontrer la négative. D'abord, la prohibition d'une autorisation générale, en ce qui excède cette administration, n'était pas nécessaire pour le maintien de la puissance maritale: le législateur eut pu, en permettant l'autorisation générale, dire qu'elle serait toujours révocable, même lorsqu'elle aurait été donnée par contrat de mariage. Car cette révocabilité qui aurait pu s'exercer à chaque instant, eut été suffisante pour maintenir la puissance du mari, et son droit de gouverner seul les intérêts de la famille. De plus, le mari peut donner à sa femme majeure, comme à un étranger une procuration générale pour aliéner ses biens personnels à lui. Car, outre que le mandat et l'autorisation sont deux choses différentes, que le premier concerne les affaires du mandant, et l'autre les affaires de l'autorisé, il est incontestable que la prohibition de l'autorisation générale d'un mari à sa femme, en ce qui excède l'administration des biens, ne s'applique qu'aux

biens de la femme. C'est ce qui résulte à la fois et de la valeur ou du sens du mot *autorisation* et du texte de l'article 223, comme de celui du second paragraphe de l'article 1538, rapproché de son premier paragraphe. Or comment la puissance du mari serait-elle plus lésée par une autorisation générale donnée pour l'aliénation des biens de la femme, qu'elle ne l'est par une procuration générale donnée pour l'aliénation des biens du mari, pourvu que l'autorisation, comme la procuration, fut toujours révocable? Enfin pourquoi le législateur n'aurait-il pas étendu à l'administration même des biens de la femme la prohibition de l'autorisation générale? Car la puissance du mari consiste bien plus dans le pouvoir d'administrer seul les biens de sa femme, que dans celui de l'autoriser à les aliéner, puisqu'il ne pourrait les aliéner lui-même sans le concours de sa femme.

Ce n'est pas non plus dans l'intérêt de la femme, ni à cause de la fragilité de son sexe, qu'à été établie la prohibition des autorisations générales pour aliéner ; autrement, il eut fallu donner aussi un tuteur aux veuves et aux filles majeures pour les autoriser à faire tout acte qui aurait excédé l'administration de leurs biens, et interdire à ce tuteur de leur donner des autorisations générales pour de tels actes. C'est ainsi que le sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui, à cause de la fragilité de leur sexe, ne s'appliquait pas seulement aux femmes mariées, mais aussi aux filles et aux veuves.

Quel est donc le vrai motif de cette disposition? Il nous importe de le découvrir, parce que les termes de la loi n'étant pas assez précis pour mettre la question hors de toute controverse, c'est surtout à l'aide de l'esprit de la loi que nous pourrons fixer le sens exact et rigoureux de ses termes.

Le dépôt remis par la loi entre les mains du mari de tous les intérêts de la femme, pour l'avantage commun de la famille, la puissance maritale enfin, et le motif qui l'avait fait instituer, devaient amener nécessairement, pour le mari, l'obligation de répondre à la femme de l'usage même qu'il ferait de sa puissance sur les biens de celle-ci. De-là est née l'obligation imposée au mari de suivre le remploi des biens de la femme, et de l'indemniser des pertes faites par elle pendant le mariage, et qu'il n'aurait point empêchées. Cette obligation avait aussi pour motif, dans l'ancienne jurisprudence, de faire que la femme ne put avantager indirectement son mari pendant le mariage. Aussi jugeait-on que, lorsqu'il était prouvé que le mari d'une femme séparée de biens n'avait pas touché personnellement des deniers provenant des remboursemens de rentes, ou d'aliénations de biens, propres à sa femme, et n'en avait pas profité, celle-ci n'avait aucune action contre son mari en remploi de ces deniers; bien que le mari l'eut, par des autorisations antérieures, habilitée à les recevoir, et même à faire les aliénations (Paris, 2 messidor an XI. J. P., 1er. de

l'an XII, pag. 301. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1171).

C'est de cette responsabilité de l'usage de sa puissance, de cette obligation de remploi et d'indemnité imposée au mari, qu'est née directement la prohibition de toute autorisation générale, en ce qui excède les bornes de l'administration des biens de la femme. Telle fut du moins l'opinion du célèbre chancelier d'Aguesseau, sur l'art. 223 de la coutume de Paris, dont l'art. 223 du Code est presque la répétition. Telle est celle de M. Merlin sur l'article de notre Code; et telle est celle que nous croyons devoir adopter. Dès qu'il est établi en effet que la fragilité du sexe n'est pas le motif de la responsabilité des maris envers leurs femmes; dès que la femme mariée majeure est reconnue aussi apte à traiter de ses intérêts que les veuves ou filles majeures, parce que la maturité de raison est la même chez l'une et chez les autres, il est clair qu'il y aurait iniquité à prononcer qu'une femme qui aurait été habilitée, par une autorisation générale, à aliéner ses capitaux ou à les engager, pourrait rendre son mari responsable de la disposition qu'elle aurait faite elle-même de ces capitaux. Il fallait donc, ou ne pas faire une règle générale et absolue de l'obligation de remploi et d'indemnité, ou prohiber les autorisations générales qui auraient souvent rendu injuste l'application de cette règle Il fallait prémunir les maris contre leur propre faiblesse, et les empêcher d'habiliter en quelque

sorte leurs femmes à les ruiner. Sans doute, les maris peuvent arriver au même résultat de ruine injuste pour eux, par des autorisations particulières pour chaque acte d'aliénation; mais il leur est plus facile de prévoir et d'empêcher les conséquences dangereuses d'une autorisation particulière, et de l'acte déterminé qui en est l'objet, que de prévoir et d'empêcher celles d'une autorisation générale, qui n'a point de limites et dont les applications sont encore incertaines. Ces motifs expliquent clairement pourquoi toute autorisation particulière est permise, et pourquoi toutes les autorisations générales ne le sont pas; pourquoi, entre les autorisations générales, celles qui concernent l'administration des biens de la femme sont valables, et celles qui excèdent cette administration ne le sont pas; car le mari est seulement responsable des actes qui excèdent l'administration. Il ne répond que des fonds et capitaux de sa femme, et non de ses revenus, si ce n'est au titre général de mandataire, quand elle est séparée de biens ou qu'elle a des paraphernaux, et qu'il a joui de ses revenus malgré son opposition constatée (art. 1539 et 1579 du Code civil). Les mêmes motifs nous donnent la solution de la question que nous examinons ici, puisqu'une autorisation générale, pour une seule espèce d'actes qui excéderait l'administration, présenterait le même danger pour le mari, par le défaut de limites et par l'incertitude des applications qu'en pourrait faire la femme.

Démontrons actuellement par le texte des

lois mêmes cette induction que nous venons de tirer de leur esprit, qu'en tout ce qui excède l'administration des biens de la femme, l'autorisation du mari doit être spéciale pour chaque acte en particulier et non pas seulement pour chaque espèce, ou nature d'acte.

Nous venons de dire que l'art. 223 du Code civil est bâsé sur l'art. 223 de la coutume de Paris. Une loi, dont une autre dérive, peut lui servir d'interprétation. Il est donc utile de rappeler ici le texte de cette coutume; il est ainsi conçu : « La femme mariée ne peut aliéner ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité ou consentement *exprès* de son mari ». Et même, plus sévère que notre Code, qui restreint les autorisations générales aux actes d'administration, et qui se contente aussi du concours du mari dans l'acte et par conséquent de son consentement implicite, la coutume de Paris entachait de nullité les actes faits par la femme sans un consentement *exprès* de son mari.

Reste à savoir ce qu'elle entendait par le mot *exprès*. La loi 14 ff. *de supell. Leg.* peut nous servir pour interpréter ce mot : elle le prend absolument comme synonyme de *spécial;* et par conséquent de ce que l'autorisation devait être *expresse* dans la coutume de Paris, on en peut inférer qu'elle y devait être *spéciale*.

Une autre loi du Digeste, la loi 24, ff., *de Acquir. hered.*, va nous expliquer ce qu'on entend par une *autorisation spéciale ;* elle veut, pour que le fils de famille puisse accepter une hérédité,

qu'il ait préalablement l'autorisation de celui en la puissance de qui il se trouve, et elle ajoute, §. 5: « l'autorisation d'accepter toute hérédité, en général, suffit-elle, ou lui en faut-il une spéciale? Il lui en faut une spéciale » (*Sed utrùm generaliter*, QUÆCUMQUE TIBI HEREDITAS FUERIT DELATA, *an specialiter? Et magis placet specialiter debere mandare*).

Pour qu'une autorisation soit *spéciale*, il faut donc qu'elle soit relative à l'acte dont il s'agit présentement; et celle pour tous les actes même d'une seule espèce, est donc une autorisation générale.

Ces principes, admis dans l'ancienne jurisprudence, devons-nous, par quelque raison, les rejeter de la nôtre? Nous n'en voyons aucune pour le faire.

Nous trouvons même dans la loi actuelle un article qui en est la confirmation. C'est l'art. 1538 du Code civil. Pour que la femme puisse aliéner ses immeubles, cet article exige, dans son premier paragraphe un consentement *spécial* du mari, et ajoute, dans son deuxième paragraphe, que toute autorisation *générale* donnée à la femme d'aliéner ses immeubles est nulle.

Mais, dira-t-on, si l'on regarde comme générales les autorisations restreintes à une nature d'acte, on tombe dans la nécessité d'admettre le même sens pour les procurations, et l'art. 1988, au titre du mandat, restreignant aux actes d'administration, les procurations en termes généraux, il faudra donc donner à son mandataire des

pouvoirs pour chaque acte particulier d'aliénation! Alors, quelle gêne va naître dans les affaires! Nous répondrons plus bas (n°. 445) à cette objection, en montrant la différence qui existe entre les autorisations et les procurations.

D'après tout ce qui précède, nous pensons que, suivant l'art. 223 du Code civil, la femme, pour emprunter une somme, ou pour vendre un bien, ou pour faire tout autre acte d'aliénation, doit avoir de son mari une autorisation spéciale, non pas seulement pour l'espèce d'acte dont il s'agit, mais pour l'acte même qu'elle doit passer.

La Cour de cassation a confirmé cette doctrine, en déclarant nulle une autorisation donnée par un mari à sa femme d'ester en justice pour toutes les affaires qu'elle avait et pourrait avoir (22 mai 1815. *Dictionn. du Notariat*, tom. Ier., pag. 250).

445. Dans toute la discussion qui précède nous ne nous sommes occupés que du sens dans lequel doit être entendu l'art. 223 du Code civil, qui pose le principe général. Mais ce principe nous paraît avoir éprouvé, à l'égard des femmes séparées contractuellement, une modification dans l'art. 1538 du Code civil. Après avoir dit, dans l'art. 1536, que la femme séparée contractuellement n'a que la libre administration de ses biens, meubles et immeubles, le législateur ajoute, dans l'art. 1538, que l'autorisation générale qui lui serait donnée d'aliéner les immeubles sera nulle. La conséquence de cette dernière disposition est que l'autorisation générale d'aliéner les meu-

bles sera valable, d'après le principe *inclusio unius, exclusio alterius.* Que si l'on nous disait que l'art. 1538, relatif aux immeubles n'a à statuer que sur eux, sans songer aux meubles, sans déroger à ce qui aurait été statué à leur égard, notre réponse sera qu'avec une telle interprétation l'art. 1538 deviendrait un article inutile, un véritable pléonasme d'une partie de l'art. 223. En effet, l'art. 223 prohibe, même dans les contrats de mariage, toute autorisation générale qui excède l'administration des biens de la femme. Or quand le législateur défend ensuite, dans l'art. 1538, l'autorisation générale d'aliéner à l'égard des immeubles, n'est-ce pas la permettre à l'égard des meubles? Sinon, il lui eût suffi de laisser les choses dans l'état où les plaçait l'art. 223.

Nous ferons observer ici que plusieurs auteurs pensent que la femme séparée contractuellement a la libre disposition de son mobilier, et peut ainsi l'aliéner, sans avoir besoin d'autorisation. Ces auteurs, au nombre desquels sont MM. Malleville et Toulier, se fondent sur l'art. 1449 qui donne ce pouvoir à la femme, et regardent cet article comme explicatif des art. 217 et 1536. Mais ils nous semblent être tombés dans une grave erreur, en appliquant à la femme séparée contractuellement l'art. 1449, placé sous la rubrique de la séparation judiciaire, et avoir ainsi confondu deux genres de séparation, dont nous aurons lieu de montrer les différences, au titre du contrat de Mariage.

446. Les règles que nous avons posées (n°. 443)

sur l'autorisation, en ce qui concerne la nature générale, ou spéciale, ne doivent pas être étendues au mandat : car ces deux actes sont essentiellement distincts. Nous renvoyons l'examen de ce dernier, au titre qui le concerne ; et, si nous en allons dire ici quelques mots, ce n'est que pour éclairer les principes sur les autorisations, en éloignant les rapprochemens que l'on pourrait être tenté de faire entre ces deux actes.

Nous avons établi (nº. 443) que, sous le mot d'autorisation générale, l'art. 223 du Code civil a compris aussi l'autorisation spéciale quant à l'espèce d'acte, n'entendant par autorisation spéciale que celle qui l'est quant à l'acte même ; et nous nous sommes réservé de prouver que cette opinion n'est point combattue par l'art. 1988 du Code civil qui restreint aux actes d'administration le mandat conçu en termes généraux.

D'abord, les termes ne sont pas les mêmes dans les art. 223 et 1988 du Code civil ; le premier dit « les autorisations *générales* » ; le deuxième dit « les procurations *en termes généraux* » (1). Et nous croyons voir une grande différence dans ces expressions de *générale* et de *en termes généraux*.

Une autorisation ou une procuration seront

---

(1) Art. 223. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

Art. 1988. Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les ctes d'administration.

S'il s'agit d'aliéner ou hypothèquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.

générales quand elles contiendront les pouvoirs de vendre, d'emprunter, etc. Elles seront *en termes généraux* quand elles contiendront les pouvoirs *de faire tous actes*, ou de *faire tout ce qu'on jugera nécessaire*, ou autres semblables pouvoirs, qui sont totalement inusités de nos jours, mais qui, sous l'ancien droit, étaient en usage dans certaines provinces, et dont les porteurs étaient désignés sous les mots de *procurator omnium bonorum*. Il est à croire que la disposition de l'art. 1988 n'a eu d'autre but que de faire cesser les discussions qui existaient entre les anciens jurisconsultes sur les différences à admettre, entre le *procurator omnium bonorum specialiter* et le *procurator omnium bonorum cùm liberâ administratione*, à qui plusieurs accordaient le droit d'aliéner, qu'ils refusaient au premier.

Ainsi les dispositions relatives aux procurations *en termes généraux* n'auraient donc pas rapport aux procurations *générales*.

Ensuite, il y a une grande différence à admettre entre les autorisations et les procurations. Comme il faut fournir à chacun le moyen de faire tous les actes qui peuvent lui être nécessaires, la loi doit donner les plus grandes facilités pour la procuration, puisque cet acte a pour but de faire faire par un autre ce qu'on ne peut faire soi-même; on doit entraver, le moins possible, l'exécution de cet acte, et, en cas de besoin, interprèter la loi dans le sens le plus favorable à la société, c'est-à-dire le plus étendu. Si la loi exigeait que le mandant spécifiât toujours

nommément les biens qu'il veut vendre, les sommes qu'il veut emprunter, les hypothèques qu'il veut donner, etc., comme souvent il est obligé de s'absenter pour long-tems, sans savoir les biens qu'il aura à vendre par la suite, les sommes dont il aura besoin, les sûretés qu'on lui demandera, comme les pouvoirs qu'il n'aurait pas donnés ne pourraient être suppléés par aucune autorité, il en résulterait une grande stagnation dans les affaires, stagnation que la loi a toujours voulu éviter.

La loi, en exigeant, dans l'art. 1988, un mandat *exprès* pour aliéner et hypothéquer, n'a donc pu entendre, par ce mot *exprès*, que *exprès quant à l'espèce d'acte*, mais non *exprès pour chaque acte en particulier*.

Mais les principes des procurations et ceux des autorisations ne sont pas les mêmes, et dès-lors les interprétations des questions qui s'élèvent sur ces deux genres d'actes ne doivent pas résider sur les mêmes bâses. En effet, si le mari absent n'a pas donné à sa femme autorisation nécessaire, si même le mari présent la lui refuse, elle peut s'adresser aux tribunaux, et elle trouvera, auprès d'eux, toutes les autorisations dont elle aura besoin.

447. D'après les distinctions qui viennent d'être faites entre le mandat et l'autorisation, la femme peut, comme tout étranger, recevoir un mandat général à l'effet d'aliéner les biens de son mari, ou de les hypothéquer, ou de faire tous emprunts pour lui, etc., parce que la loi ne dit point qu'elle

ne pourra pas être mandataire de son mari : mais si le mari joint à ce mandat l'autorisation générale à sa femme de s'obliger elle-même, ou d'aliéner ses propres biens, ou enfin de faire toute autre espèce d'acte qui excède l'administration, toutes ces autorisations ne vaudront que pour ce qu'elles contiendraient de relatif à l'administration des biens de la femme.

448. Ainsi la procuration générale par laquelle le mari autorise sa femme à vendre ou hypothéquer leurs biens, à traiter avec tous créanciers, à l'obliger conjointement et solidairement avec elle, vaut seulement à l'égard des tiers et des créanciers du mari, pour les obligations qu'elle contractera au nom du mari, et n'autorise point la femme à souscrire, en son propre nom, un billet à ordre. Le billet ainsi souscrit ne pourra donc être exécuté que contre le mari. En vain le mari aurait-il payé des à-comptes sur le billet. Cette ratification implicite par exécution volontaire ne peut confirmer que ce qui a été fait pour lui en vertu du mandat, ou même outre le mandat, mais ne peut valider ce que la femme a fait pour elle sans autorisation valable (Poitiers, 5 pluviose an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 81).

449. Et même, à l'égard du mari, si le mandat n'eût été conçu qu'en termes généraux pour gérer ses affaires, et que le mari n'eût point ratifié le billet à ordre, ou son endossement, ni par acte exprès, ni par exécution volontaire, la souscription du billet par la femme, ou son transport par endossement, seraient nuls, et n'obligeraient pas

même le mari comme mandant, suivant l'art. 1988 du Code civil (Bruxelles, 13 février 1809. *Sirey*, tom. X, 2e part., pag. 531.—*Denevers*, tom. VII, 2e. part., pag. 173).

450. Si cependant la femme n'avait fait le transport à un tiers des effets commerciaux de son mari que pour acquitter les dettes de ce dernier ; cet acte ne serait pas jugé avoir outre-passé le mandat général d'administrer, donné à la femme par son mari; parce que payer les dettes de son commettant avec une créance de deniers, ce n'est pas faire plus que les payer avec des deniers comptans ; et payer des dettes échues, ce n'est faire autre chose qu'administrer (Bruxelles, 21 décembre 1809. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 988).

451. Il est clair que si la femme, comme tout mandataire, ne peut pas outre-passer le mandat qu'elle a reçu, elle ne peut pas non plus le convertir en une autorisation à son profit. Ainsi, ayant une procuration de son mari pour lui acquérir un immeuble, elle ne pourra pas faire cette acquisition pour son propre compte, mais seulement pour le compte de son mari (*Cass.*, 1er. brumaire an XIII. *Dictionn. du Notariat*, tom. 1er., pag. 244).

§. III.

Du tems dans lequel l'autorisation doit être donnée.

452. *De l'autorisation par acte antérieur.*
453. *De l'autorisation et de la ratification par acte postérieur.*

452. L'autorisation peut être donnée à la femme aussi bien séparément de l'acte que dans l'acte même, et aussi bien dans un tems antérieur à l'acte, que dans le tems même de l'acte. Il n'importe qu'il s'agisse de l'aliénation d'un immeuble de la femme. Il suffit que l'autorisaion d'aliéner soit spéciale quant à cet immeuble, pour qu'elle soit valable, bien que ni l'acquéreur, ni le prix, ni le tems dans lequel sera faite la vente, n'y soient désignés.

Ce vague laissé dans l'autorisation, quant aux circonstances de la vente, ne frappe pas l'autorisation du caractère de généralité qui fait l'objet de la prohibition de la loi. On le jugeait ainsi à l'égard des actes faits sous l'empire de l'ancienne coutume de Paris (*Cass.*, sect. civ., 22 brumaire an XII, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Seine-et-Marne. *Sirey*, tom. IV, 2e. part. pag. 29). Et on doit le juger de même sous le Code civil (*Voyez* cet arrêt).

Le mari qui se porte fort pour sa femme est aujourd'hui réputé l'avoir, par cela seul, autorisée suffisamment à ratifier l'acte pour lequel il s'est porté fort. Car le terme *autoriser* n'est point sacramentel (nos. 437 et 438). Il suffit que le consentement soit clair et donné par écrit, quand le mari ne concourt pas à l'acte. Or quel consentement plus clair à la ratification, que de se porter fort de faire ratifier (Liége, 25 pluviose an XI. *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 393).

Par la même raison, la femme qui, pour cautionner son mari, accepte une lettre de change,

est suffisamment autorisée à s'obliger, lorsque la lettre est tirée par le mari même sur elle (Caen, 2 août 1814. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 399).

453. Mais l'autorisation, comme la ratification postérieure, du mari sont suffisantes, en ce sens, que la nullité, relative à l'égard de la femme, n'est pas détruite. Car la femme peut seule, toutefois avec le concours ou le consentement de son mari, renoncer par sa ratification à une nullité qui lui est acquise. Ainsi l'acceptation apposée par un mari à une lettre de change tirée sur lui par sa femme n'est pas une autorisation valable; et la femme peut opposer la nullité de son engagement pour défaut d'autorisation (Paris, 12 janvier 1815. J. P., 2e. de 1815, pag. 223. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 75.— *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 35).

Nous citons ces exemples, quoiqu'étrangers au Notariat, parce qu'ils sont les seuls que nous ayons trouvés à l'appui du principe que l'autorisation peut être donnée séparément et antérieurement; et parce qu'ils peuvent s'appliquer aux actes passés devant Notaire.

Pareillement, lorsqu'au bas d'une lettre de change, signée par son mari, la femme signe avec ces mots *pour caution*, si la lettre de change ne contient aucune autorisation ni consentement du mari à la femme, on ne pourra y voir un concours du mari à l'engagement de sa femme. L'engagement de celle-ci sera donc nul, pour défaut d'autorisation (Nîmes, 2 février 1810. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 35).

La Cour de Colmar a cependant jugé qu'un partage qui n'était pas signé du mari d'une des intéressées avait été valablement ratifié par la prise de possession et la jouissance volontaire que le mari avait eues du lot échu à sa femme par ce partage. Mais le partage énonçait que la femme était assistée et autorisée de son mari; et celui-ci s'était mis immédiatement en possession de son lot, qu'il avait cultivé pendant cinq années, sans aucune critique ni réclamation ; en sorte qu'il paraissait avoir été présent au partage, l'avoir connu, y avoir donné son consentement lors même de l'acte, quoiqu'il ne l'eut pas signé, y avoir enfin concouru, quoique ce concours manquât, par défaut de signature, d'une preuve directement émanée de lui; mais il n'était pas tout à fait dénué de preuve, puisque l'énonciation du Notaire méritait quelque foi, et qu'à cette foi, due au caractère public de l'officier, se joignait la présomption naturelle que formait la prise immédiate de possession par le mari. Les juges d'appel ont donc pu voir, dans toutes les circonstances de la cause, un concours du mari à l'acte, suffisamment prouvé. Et si au lieu de donner ce concours, pour motif direct de leur arrêt, ils se sont appuyés sur l'intention ultérieure du mari de ratifier, prouvée par le fait, cet écart des vrais principes ne peut être d'aucune influence en jurisprudence. Tenons donc toujours pour constant que la ratification ultérieure du mari ne peut couvrir, au moins à l'égard de la femme, la nullité d'un acte résul-

tante du défaut d'autorisation (Colmar, 28 novembre 1816. J. P., 3e. de 1817, pag. 154.— *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 145. — *Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 24).

§. IV.

Des effets du défaut d'autorisation de la femme mariée.

454. *Par qui peut être opposée la nullité résultante du défaut d'autorisation.*

455. *C'est à celui qui a traité avec la femme à prouver le fait affirmatif de l'autorisation.*

456. *La femme ne peut alléguer le défaut d'autorisation pour se dispenser de payer des dépenses qu'elle a faites pour son entretien personnel, et celui de sa maison, quand ces dépenses sont proportionnées à son rang et à ses facultés.*

457. *La nullité de l'obligation, pour défaut d'autorisation, n'entraîne pas celle du cautionnement.*

454. L'autorisation n'étant requise par la loi que dans l'intérêt du mari et de la femme, eux seuls ou leurs héritiers (art. 225 du Code civil) peuvent opposer la nullité résultante du défaut d'autorisation.

Ainsi les tiers qui ont contracté avec la femme non autorisée ne peuvent alléguer cette nullité (Paris, 28 germinal an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 214. — *Sirey*, tom.. V, 2e. part., pag. 567.— Bruxelles, 30 janvier 1808. J. P., 1er. de 1810, pag. 318. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 491).

Les créanciers de la femme ne pourront pas non plus opposer le défaut d'autorisation, bien qu'en général les créanciers puissent exercer les droits

de leur débiteur. Car l'art. 225 n'appelle à exercer ce droit, parmi les représentans de la femme, que ses héritiers (Angers, 1er. août 1810. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 144).

Mais l'acte pourrait être annullé, sur la demande du mari et de la femme, ou de l'un d'eux, même quand la femme aurait énoncé faussement un acte d'autorisation ; car c'était à celui qui contractait avec elle à se faire représenter cette autorisation (Paris, 9 thermidor an XII. J. P., 1er. de l'an XIII, pag. 233.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 790).

Ou même quand elle se serait faussement qualifiée de veuve (Bordeaux, 12 germinal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 108).

455. Si le mari prétend n'avoir point donné une autorisation à sa femme, on ne saurait jamais mettre à sa charge la preuve d'un fait négatif ; mais ce sera à celui qui aura traité avec la femme à prouver le fait affirmatif de l'autorisation. Ainsi jugé dans le cas d'une vente de meubles par une femme (Cour de Paris, 2 janvier 1808. J. P., 1er. de 1808, pag. 201. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 791).

456. Sous l'empire de la coutume de Paris, la jurisprudence des tribunaux avait même apporté quelques modifications au principe général de l'incapacité de la femme, en ce qui était relatif à son entretien et à celui de sa maison. Elle pouvait s'obliger pour cette sorte de dépenses sans l'autorisation de son mari, quand elles étaient proportionnées à son rang et à ses

facultés. Et en ce cas la femme ne pouvait elle-même opposer sa propre incapacité. Ainsi jugé contre la duchesse de Choiseul-Stainville, qui fut condamnée à payer une reconnaissance de 41,671 fr., qu'elle avait souscrite pour fournitures de modes qui lui avaient été faites avant le 10 octobre 1792 (*Cass.*, sect., des req., 17 novembre 1820, rej. le pourv., contre un arrêt de la Cour de Paris, du 16 décembre 1818. *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 248). Nous pensons que cette modification doit être également adoptée dans la nouvelle jurisprudence, toutes les fois que des diverses circonstances du rang et de la fortune de la femme, de l'usage et des mœurs de la classe à laquelle elle appartient, on peut conclure un consentement tacite du mari pour ces sortes de dépenses. Autrement la femme s'enrichirait aux dépens des fournisseurs, en détournant, pour d'autres usages, les deniers qui devaient servir à payer les dépenses d'entretien personnel ou d'état de maison auxquelles son rang l'obligeait, et qu'elle a réellement consommés.

457. La nullité de l'obligation principale, contractée sans autorisation par une femme mariée, n'entraîne pas la nullité de l'obligation nécessaire de la caution, parce que le cautionnement peut accéder à une dette purement naturelle, et que l'obligation civile seule de la femme est annullée, mais non sa dette naturelle (Paris, 24 juillet 1819. *Dict. du Notariat*, tom. Ier. pag. 253).

§. V.

De l'autorisation des femmes mineures.

458. *La femme mineure peut faire, avec la seule assistance de son mari majeur, tous les actes qui ne requièrent que l'assistance d'un curateur, même les autres actes; sauf à remplir, pour ceux-ci, les autres formalités prescrites par la loi.*

459. *Si la femme mineure était pourvue d'un curateur étranger, l'assistance de celui-ci ne la dispenserait pas de l'autorisation de son mari, majeur ou mineur.*

458. Suivant l'art. 506 du Code civil le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite. Il en faut conclure, par la similitude des motifs, quoique la loi ne l'ait pas dit, que le mari est aussi, de droit, le curateur de sa femme mineure. La femme mineure peut donc faire, avec la seule assistance de son mari majeur, tous les actes qui excèdent sa capacité comme mineure émancipée, et qui ne requièrent point d'autres formalités que l'assistance d'un curateur. Elle peut de la même manière faire ces derniers actes, sauf à remplir les autres formalités prescrites; comme pour les aliénations d'immeubles, les partages, etc. Elle peut, par conséquent, avec cette seule assistance, intenter toutes actions immobilières, et il n'est besoin pour elle alors ni d'un curateur étranger, ni de l'autorité de justice, ni du conseil de famille. Si, au surplus, il pouvait y avoir nullité, ce que nous ne pensons pas, pour ce défaut de nomination expresse d'un curateur, la femme seule, et non les tiers, seraient en droit

de s'en prévaloir, parce que la curatelle, comme la tutelle, n'a été établie que dans l'intérêt du mineur (Pau, 11 mars 1811. J. P., 2e. de 1813, pag. 287. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 1. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 93). Au reste, l'usage est aujourd'hui général de faire nommer, pour plus de précaution, le mari majeur, curateur de la femme mineure.

459. Si on nommait à la femme mineure un curateur étranger, soit que son mari fut majeur ou mineur, l'autoritation de celui-ci ne serait pas moins nécessaire, indépendamment de l'assistance du curateur étranger. Car cette nécessité de l'autorisation du mari est une conséquence inévitable de la puissance maritale et de l'obligation de remploi ; deux conditions qui suivent le mari mineur, comme le mari majeur. Nous ne connaissons point d'arrêt sur cette règle que nous avons cru ne pouvoir omettre ici, comme appendice de la proposition précédente.

§. VI.

De l'autorisation de la femme dont le mari est absent.

460. *L'art. 222 du Code civil ne parle que du mari absent sans nouvelles.*

460. Avant la publication du Code de procédure, on doutait si l'art. 222 du Code civil, suivant lequel le juge peut autoriser, en connaissance de cause, la femme dont le mari est *absent* à ester en jugement ou à contracter, devait s'en-

tendre seulement du mari présumé ou déclaré absent, ou bien s'il s'appliquait aussi au mari qui n'était que non présent, mais dont on avait des nouvelles. Mais l'art. 863 du Code de procédure a levé tous les doutes à cet égard. Il porte que « dans le cas de *l'absence présumée* du mari ou *lorsqu'elle aura été déclarée*, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présentera également requête au président du tribunal, etc ». Et, par cette distinction en absence présumée et en absence déclarée, conforme à celle qu'on remarque également dans le titre des absens au Code civil, on voit que le législateur n'a voulu parler dans l'art. 222 même du Code civil que de l'absence sans nouvelles du mari. La Cour d'Agen (31 juillet 1806. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 790.— *Denevers*, tom. VII, 2e. part., pag. 17) a décidé il est vrai le contraire, depuis la publication du Code de procédure, en appliquant l'art. 222 du Code civil à une femme dont le mari était dans les colonies et dont on avait des nouvelles. Mais c'est qu'apparemment le sens de l'art. 863 du Code de procédure civile ne lui était pas encore bien connu; ou qu'elle aura pensé qu'il était introductif d'un droit nouveau. Quoiqu'il en soit, la Cour de Colmar a jugé plus tard que le mari, quoiqu'éloigné de son domicile, mais dont on avait des nouvelles, (il s'agissait d'un mari étant aux armées) devait être assigné à l'effet d'autoriser sa femme avant que le juge put accorder l'autorisation à la femme; et cette décision nous paraît plus conforme à

l'esprit de la loi (Colmar, 31 juillet 1810. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 17).

§. VII.

De l'autorisation de la femme marchande, ou dont le mari est marchand.

461. *La femme marchande publique peut s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour les actes de son négoce. Mais elle n'oblige pas son mari, s'il n'y a communauté entre eux ou société d'acquêts, bien que le commerce soit exercé au su et du consentement du mari.*

462. *La femme dont la dot est inaliénable, n'engage point cette dot par les actes de son commerce.*

463. *Hors les biens dotaux inaliénables, la femme marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner ou engager ses immeubles, pour les actes de son commerce, même les vendre à rente viagère, quand ils lui proviennent de bénéfices commerciaux.*

464. *La femme préposée par son mari à la gestion de son commerce, ou d'une branche de ce commerce, peut obliger elle et lui, pourvu que le mandat exprès ou tacite soit bien prouvé.*

461. La femme, marchande publique peut s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour les actes de son négoce. Mais elle n'y oblige pas son mari, s'il n'y a communauté entre eux ou société d'acquêts. *Voyez* l'art. 220 du Code civil, et les art. 4 et 5 du Code de commerce. Si donc elle a été mariée en pays de droit écrit, sans conventions matrimoniales, comme alors il n'y a point entre elle et son mari société d'acquêts, ses actes de commerce n'engageront point son mari, bien qu'elle exerce son négoce dans la

maison maritale, au su et du consentement de son mari, et bien qu'il soit constant que son mari ait souvent fait pour elle des ventes ou achats. Ces circonstances ne font point obstacle à l'application de la disposition expresse de l'art. 220 du Code civil (1). Car elles ne prouvent pas que le mari ait voulu y déroger, et s'engager dans les affaires de sa femme (Nismes, 17 juin 1809. J. P. 3e. de 1810, pag. 430. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 558) (2).

462. La femme, marchande publique, mariée sous un régime ou sous des statuts qui rendent sa dot inaliénable, engage-t-elle son fond dotal par les actes de son commerce? La Cour de Rouen a jugé la question pour l'affirmative, à l'égard d'une femme mariée en Normandie, dont les Placités (art. 126 et 127) prohibaient expressément l'hypothèque de la dot. Elle a pensé que l'art. 220 du Code civil y avait dérogé à l'égard des marchandes publiques; que cet article ne souffrait aucune exception; que les dispositions du Code relatives au régime dotal ne devaient avoir aucune application, à l'égard des marchandes publiques, dont la capacité était réglée

---

(1) « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé » (Art. 220 du Code civil).

(2) *Voyez* au titre des Sociétés ce qui constitue, pour la femme, la qualité de marchande publique.

par l'art. 220 (16 juillet 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 191). L'art. 7 du Code de commerce, promulgué depuis l'arrêt de la Cour de Rouen a résolu la question dans le sens contraire, et ne laisse plus aujourd'hui le moindre doute (1).

463. A l'exception des biens dotaux inaliénables de la femme mariée sous le régime dotal, les femmes, marchandes publiques, peuvent, suivant l'art. 7 du Code de commerce, engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. Et, pour exercer cette capacité, elles n'ont besoin ni de l'autorisation de leurs maris, ni de celle de la justice, quand elles n'agissent que pour ce qui concerne leur négoce. Car, en cette matière, il faut rapprocher l'art. 5 du Code de commerce et l'art. 220 du Code civil de l'art. 7 du Code de commerce, qui n'est qu'un développement de ces deux dispositions. Et cela sera vrai surtout de la femme qui est non seulement marchande publique, mais encore séparée de biens d'avec son mari. L'aliénation volontaire, même à rente viagère, d'un immeuble acheté des bénéfices et du produit du commerce de la femme pourra être considéré comme un acte concernant son négoce. Car la revente de cet immeuble, même à rente viagère, est pour la femme un véritable moyen de rentrer dans la faculté de disposer, pour son négoce, des

---

(1) « Les femmes marchandes publiques peuvent également *engager*, *hypothéquer* et *aliéner* leurs immeubles.

Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés, et avec les formes réglées par le Code civil » (art. 7, Cod. de comm.).

deniers commerciaux qu'elle a employés à l'acquisition de l'immeuble, puisque rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse considérer les arrérages de la rente viagère moyennant laquelle elle le revendra, comme des deniers aussi propres aux affaires de son négoce, qu'un capital à recevoir en un ou plusieurs termes (*Cass.*, sect. des req., 8 septembre 1814, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Lyon. J. P., 1er. de 1815, pag. 144. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 39).

464. La femme qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ne peut s'obliger sans l'autorisation maritale (Art. 220 du Code civil, et arrêt de Bruxelles, du 12 ventose an XII. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 791). Elle ne peut non plus, en son propre nom, obliger son mari.

Mais il en serait autrement si elle contractait comme préposée à la gestion ou de la maison de commerce, ou d'une branche du commerce de son mari, et que, à défaut de mandat exprès, le mandat tacite fut prouvé par une suite de faits constans. Alors elle obligerait valablement son mari par tous les actes concernant sa gestion (Liège 12 ventose an XII. J. P., 2e. de l'an XII, pag. 175. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 969).

C'est ainsi que la femme d'un marchand illétré, lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari et de signer pour lui, l'engage envers les tiers porteurs de bonne foi, pour tous les billets et endossemens qu'elle souscrit pour lui (Angers, 27 février 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 148).

Mais hors ces cas, bien que la femme se mêle exclusivement du commerce de son mari, elle n'a pas, comme la marchande publique qui fait un commerce séparé, le droit de souscrire ou accepter, ou endosser des effets de commerce qui obligent celui-ci, lors même qu'il y aurait communauté entre eux, s'il ne l'y a autorisée et s'il n'est prouvé que ces actes aient eu lieu pour le fait du commerce, ou que le mari ou la communauté en aient profité (Bruxelles, 27 février 1809. J. P., 3e. de 1810, pag. 165.—*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 209. — *Denevers*, tom. VII, 2e. part., pag. 175).

§. VIII.

Des femmes étrangères.

465. *Le mari étranger qui laisse sa femme habiter, sans lui, en France, et y gérer seule ses affaires, est réputé lui avoir donné mandat et autorisation tacites.*

466. *Le simple voyage même d'une étrangère en France la rend habile à s'obliger pour son logement et ses alimens.*

465. Le mari étranger qui laisse habiter, sans lui, sa femme en France, qui souffre, sans aucune opposition, qu'elle y gère seule toutes ses affaires, est réputé lui avoir donné un mandat et une autorisation tacites pour cette gestion. Il ne serait pas juste que les nationaux pussent être trompés par une tolérance qui, prolongée un certain tems, a gagné à la femme la confiance publique. Une étrangère, dans cette position, s'oblige donc et contracte valablement en France

(Bruxelles, 25 août 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 207. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 20).

466. Le simple voyage même d'une étrangère en France la rend habile à s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour son logement et ses alimens. Le consentement au voyage est réputé une autorisation suffisante du mari pour de tels engagemens (Bruxelles, 23 février 1808. J. P. 3e. de 1809, pag. 428. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 489).

§. IX.

Des femmes normandes, et de quelques autres mariées sous l'empire des lois ou statuts contraires aux dispositions du Code.

467. *Différence entre la nature et les effets d'un statut personnel et d'un statut réel.*
468. *Des statuts normands.*
469. *Du premier statut: composé du sénatus-consulte velléien et de l'authentique*, si qua mulier.
470. *Du deuxième statut: composé de la coutume et des placités.*
471. *De l'effet actuel du premier statut.*
472. *De l'effet actuel du deuxième statut.*
473. *Des propres normands échus, depuis le Code civil, à une femme mariée sous le régime de la communauté.*
474. *Résumé de nos principes sur les statuts normands.*
475. *Application de ces principes à d'autres statuts coutumiers.*
476. *Conséquences de ces principes.*

467. Nous avons traité de la capacité que notre Code accorde aux femmes mariées, et de celle qui peut leur être conférée par autorisation. Dans toute cette partie, nous n'avons examiné

les femmes que relativement aux lois actuelles, sans nous occuper des femmes qui ont contracté mariage sous les anciennes lois; sans rechercher quel peut être, relativement à leur capacité actuelle, aux engagemens qu'elles souscriraient, aux aliénations qu'elles consentiraient, l'effet de ces lois anciennes; si ces lois doivent gouverner le mariage pendant toute sa durée, malgré les lois nouvelles, ou si elles ont perdu leur force et leur effet du jour de la publication de ces dernières, ou en d'autres termes si elles sont des statuts *personnels* ou des statuts *réels* (1); cette question qui se subdivise, ainsi que nous le montrerons, en plusieurs autres, est rangée parmi les plus difficiles du Droit.

Comme elle arrête souvent les Notaires dans la pratique; comme l'ignorance presque générale des vrais principes qui la résolvent, empêche des contrats qui pourraient être faits légalement, ou en laisse passer d'autres qui doivent être annullés; comme aussi il existe beaucoup d'arrêts sur cette matière, nous croyons devoir la traiter *ex professo*, et pouvoir nous permettre sur elle une dissertation de quelqu'étendue.

Expliquons d'abord clairement la différence qui existe entre la nature et les effets d'un statut personnel et ceux d'un statut réel.

Une loi statue-t-elle directement et indéfini-

---

(1) Nous n'avons encore eu occasion d'en parler qu'en traitant, au titre Préliminaire, de la non rétroactivité des lois. *Voyez* les principes généraux que nous y avons posés sur la capacité personnelle quant à la question de rétroactivité.

ment sur l'état des personnes, sur leur capacité ou leur incapacité générale et absolue pour contracter, elle forme un statut personnel : et du moment que son objet principal et médiat est la personne, les effets secondaires qu'elle peut avoir relativement aux choses ne changent pas sa nature de statut personnel, mais sont à considérer seulement comme des conséquences éloignées de sa *personnalité*. Règle-t-elle la qualité, la transmissibilité, la disponibilité des biens ? A-t-elle principalement et directement pour objet les biens, et surtout la conservation d'une espèce particulière de biens dans les familles, elle forme un statut réel ; et ses effets secondaires relativement aux personnes ne changent pas sa *réalité*, mais n'en sont regardés que comme des conséquences. Dans le statut personnel, la personne est le principal, la chose est l'accessoire ; c'est le contraire dans le statut réel (1).

Le statut personnel gouverne la personne ; il

---

(1) Voici comment s'exprimait à ce sujet le chancelier d'Aguesseau, dans ses Observations sur l'ordonnance des testamens.

« Le véritable principe dans cette matière est qu'il faut distinguer : »

« Si le statut a directement les biens pour objet, ou leur affectation à certaines personnes ou leur conservation dans les familles, en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou les dispositions, mais l'intérêt d'un autre dont il s'agit d'assurer la propriété ou les droits réels, qui ait donné lieu de faire la loi » ;

« Ou si au contraire toute l'attention de la loi s'est portée vers la personne, pour décider en général de son habileté, ou de sa capacité générale et absolue, comme lorsqu'il s'agit de mineurs ou de majeurs, de père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inhabile à contracter pour des causes personnelles » ;

« Dans le premier cas le statut est réel ; dans le second il est personnel.

est indépendant de la situation des biens; mais il est subordonné au changement de domicile ou de législation ; de nouvelles lois le détruisent, sans pouvoir être accusées de rétroactivité, parce que ces nouvelles lois, en changeant la capacité, ne la changeant que pour l'avenir, ne font que donner ou ôter tel pouvoir pour la suite, et n'ont dès-lors d'effet qu'à l'égard des actes qui leur sont postérieurs.

Le statut réel ne gouverne que les immeubles situés dans le pays où il est en vigueur, dans son enclave; il est par conséquent dépendant de la situation des immeubles. Mais il est indépendant du domicile ou du changement de législation : il gouverne les immeubles situés dans son enclave, sous quelque coutume que les propriétaires aient contracté, sous quelque coutume qu'ils soient mariés, s'ils le sont, de quelque province qu'ils soient nés, en quelque province qu'ils soient domiciliés ; et du moment qu'il a frappé sur un bien, par l'effet qu'il a reçu, soit formellement, soit tacitement, d'un contrat qui a rapport à ce bien, il conserve son effet tant que le contrat conserve le sien, parce que, devenu partie inhérente du contrat, il ne pourrait être détruit par une loi postérieure, sans qu'elle changeât ce contrat, sans qu'elle eût un effet rétroactif sur lui.

Après cette explication préalable, abordons les questions de l'effet actuel des anciennes lois relativement à la capacité des femmes mariées sous leur empire, et à l'aliénation des biens

compris dans leur enclave (*Voyez* ce que nous avons déjà dit sur la non rétroactivité des lois).

Il n'est pas mis en question que les anciens statuts aient été abolis comme lois générales ou particulières par les lois nouvelles (1123 C. C., et loi du 30 ventose, art. 7). Dans les matières qui sont l'objet de ces dernières, la question est seulement de savoir s'ils peuvent subsister comme lois privées, comme conventions matrimoniales, à l'égard des femmes mariées sous leur empire.

C'est principalement pour les statuts normands que les questions se sont présentées, par la raison que nous en donnerons plus bas. Mais les solutions relatives aux femmes mariées sous les statuts normands s'appliquent aux femmes mariées sous d'autres statuts semblables, et donnent des principes qui guident pour les cas différens. Nous avons d'ailleurs cité un grand nombre d'arrêts sur ces derniers, au titre préliminaire.

468. Il faut savoir d'abord qu'il existait en Normandie deux statuts essentiellement différens, qu'on doit bien se garder de confondre. L'un se composait du sénatus-consulte Velléien et de l'authentique *si qua mulier;* l'autre de la coutume de Normandie, et du réglement du 6 avril 1666, appelé vulgairement *placités normands*. Nous croyons devoir exposer en peu de mots l'origine et la nature de ces deux statuts, parce que cette exposition servira, avec les principes généraux que nous avons donnés plus haut, à simplifier la position des questions et à préparer leurs solutions.

469. *Premier statut normand.* Le sénatus-consulte Velléien, ainsi nommé du nom du consul sous lequel il avait été porté, *Velleius Tutor,* sous l'empereur Claude, à ce que l'on croit généralement, défend à toutes les femmes, filles, mariées, ou veuves, de s'obliger pour autrui, même aux femmes mariées de s'obliger pour leurs maris, *ne pro ullo feminæ intercederent; fœminæ,* c'est-à-dire toutes les femmes et non pas seulement *uxores*, les femmes mariées. Ce sénatus-consulte n'avait fait que confirmer plusieurs édits précédens. Observé jusqu'à Justinien, il reçut de ce prince une nouvelle sanction, par la fameuse loi *si qua mulier*, authentique tirée du chap VIII de la Novelle 134, qui déclara aussi que l'intercession de la femme pour son mari ne peut acquérir aucune efficacité par la ratification qu'elle en aurait faite. Car le même motif, qui avait fait prohiber l'engagement, devait également faire prohiber la ratification, qui s'obtient presque toujours avec la même facilité. Ce que le sénatus-consulte avait désiré empêcher, c'était que l'amour, la complaisance, la crainte ou l'ignorance n'arrachassent à la femme des obligations qui compromettraient sa fortune; ce qu'il avait voulu, c'était secourir la faiblesse de leur nature, empêcher qu'elle ne les fît tomber dans la détresse, *ut fragilitati sexûs succurreret..., ne fragilitate naturæ in repentinam deducentur inopiam.* La loi *si qua mulier* a les mêmes motifs; elle n'excepte de la prohibition qu'un seul cas, celui où il serait prouvé d'une manière évidente que l'obligation aurait

tourné au profit de la femme, *nisi manifestè probetur quod pecunia in propriam ipsius mulieris utilitatem expensa sit.* Introduits généralement dans les Gaules, le sénatus-consulte Velléien, et l'authentique *si qua mulier* furent abolis par l'édit de 1606, sous Henri IV; mais cet édit n'ayant point été enregistré en la province de Normandie (1), le sénatus-consulte et l'authentique y furent toujours suivis. Voilà pourquoi aujourd'hui il se présente plus de questions sur la capacité des femmes mariées anciennement en Normandie, que sur celles des femmes mariées dans la plupart des autres provinces. Ce premier statut cessait d'affecter la femme normande, lorsqu'elle changeait de domicile et qu'elle allait demeurer dans un pays où il n'était pas en vigueur.

Remarquons, pour ce premier statut, 1°. qu'il n'était point originairement un statut de Normandie, plutôt que de toute autre province; mais que, s'il est devenu par la suite un statut normand proprement dit, c'est parce que, aboli dans presque toutes les autres provinces où il existait, il ne l'a pas été en Normandie: 2°. que les lois qui le composaient n'étaient point portées pour les seules femmes mariées, mais pour toutes les femmes, filles, mariées ou veuves: 3°. qu'elles

(1) Les Parlemens de Grenoble, de Bordeaux, et d'Aix ayant aussi refusé d'enregistrer l'édit de Henri IV, le sénatus consulte Velléien continua de s'y exécuter. Il était également observé dans le Poitou, l'Auvergne et la Marche, parce que les coutumes de ces provinces avaient des dispositions conformes. Enfin M. Corail de Sainte-Foix, assure qu'il était suivi à Toulouse, nonobstant la disposition contraire de la coutume qui était tombée en désuétude.

les gouvernaient pour les actes qu'elles pouvaient passer en quelque province que ce fût, tant qu'elles restaient domiciliées en Normandie ; mais qu'il cessait de les obliger lorsqu'elles allaient établir leur domicile dans un pays où il n'était pas observé: 4°. qu'elles défendaient à toutes les femmes de s'obliger pour autrui, de consentir des cautionnemens, d'hypothéquer leurs biens pour autrui et qu'elles annullaient tous ces actes, à moins qu'ils n'eussent tourné au profit de la femme: 5°. mais qu'elles ne défendaient point à la femme d'aliéner ses biens pour son propre compte : d'où il suivait qu'une femme pouvait vendre ses biens pour quelque cause que ce fût, aussi légèrement qu'elle le voulait, et qu'elle pouvait ainsi remettre le produit de la vente à celui qu'elle n'aurait pu aider d'un cautionnement ou d'une hypothèque. Au premier coup-d'œil, cette loi paraît insensée et contradictoire ; mais, à un examen plus attentif, on découvre son motif. C'est, comme l'ont expliqué les auteurs, parce que, dans la vente, l'effet est direct, médiat, actuel ; que dans le cautionnement ou l'hypothèque, il est indirect, immédiat, éloigné: que l'on peut avoir la confiance de consentir un cautionnement ou une hypothèque, pensant qu'ils ne produiront aucun effet nuisible, parce que l'individu au profit de qui on les a consentis satisfera lui-même à ses engagemens ; tandis que l'on ne consentirait pas à se dépouiller d'une manière certaine pour lui : que cette différence est surtout sensible pour les femmes, qui, enten-

dant peu les affaires, ne prévoient pas toujours les suites d'un cautionnement ou d'une hypothèque. Quoiqu'il en soit, telles étaient les dispositions du sénatus-consulte et de l'authentique.

470. Passons au *deuxième statut normand.* Il n'avait rapport qu'aux femmes mariées. La coutume de Normandie, et le réglement de 1666, ou les placités, ne défendaient point à la femme d'aliéner ses biens paraphernaux. Mais à l'égard des biens dotaux ou des biens assimilés aux biens dotaux, il y avait une sorte de prohibition de les aliéner. Etaient réputés dotaux, tous les biens qu'une femme, même née, mariée, et domiciliée sous une coutume qui aurait établi la communauté, possédait au jour de son mariage, en Normandie, et tous ceux situés en Normandie, qui, pendant le mariage, lui échéaient ou étaient acquis par elle, excepté ceux que la femme, séparée judiciairement, acquérait depuis la séparation; ensorte qu'il ne pouvait y avoir de biens paraphernaux que ceux qui étaient ainsi acquis par la femme séparée judiciairement, et ceux qui étaient situés en d'autres provinces. La coutume ne s'était occupée que du cas le plus ordinaire; elle n'avait pourvu qu'à la conservation des biens des femmes *non séparées.* Plus tard, l'arrêt de réglement du parlement de Normandie, du 6 avril 1666, appelé *placités normands*, a rempli cette lacune, en s'occupant des femmes *séparées*, et a complété le statut municipal normand sur le régime dotal. La coutume ne défendait pas précisément, pour les femmes non séparées, l'aliéna-

tion des biens dotaux ; elle la permettait même avec le consentement du mari (art. 538); mais ses art. 539, 540, 542, 546, accordant à la femme récompense sur les biens du mari, du jour du mariage, et subsidiairement recours sur le bien vendu, équivalaient à une prohibition d'aliéner, parce que personne ne voulant acheter sans remploi, le bien ne pouvait ainsi être aliéné au préjudice de la femme. A l'égard de l'hypothèque, que les femmes auraient consentie, même avec l'autorisation de leur mari, sur un immeuble normand, cette hypothèque n'était valable, comme nous l'avons dit dans l'examen du premier statut, que s'il était prouvé que l'argent prêté avait tourné à leur profit. Quant aux placités, leur art. 127 défend positivement à la femme séparée d'aliéner ou d'hypothéquer, sans un avis de parens et la permission du juge, ses biens dotaux; mais l'art. 126 lui permet de vendre et d'hypothéquer, sans aucune espèce d'aliénation, et même sans qu'il y ait lieu au remploi, les immeubles par elle acquis depuis sa séparation. Faisons ensuite une remarque dont nous tirerons parti, n°. 472. Ce n'est qu'après plusieurs titres sur les biens que la coutume en met un seul sur les droits et priviléges de la femme normande, pour la conservation de sa dot : et les placités décident, dans la deuxième partie dudit article 127, que, bien que le contrat d'aliénation ou d'hypothèque passé par la femme séparée, sans l'observation des formalités qu'il prescrit, fût nul, il *peut*, malgré cette nullité, être

exercé du vivant de la femme sur ses meubles et sur les revenus des immeubles, après l'échéance et la mobilisation de ces revenus; l'article dit simplement que ces contrats *pourront* et non *devront* être exécutés sur les revenus, ce qui laisse au juge la faculté de restreindre cette exécution à la portion des revenus qui n'est pas nécessaire pour subvenir aux charges du mariage.

On voit, pour le deuxième statut, d'après cet examen de la coutume et des placités, 1°. qu'il n'avait rapport qu'aux biens des femmes mariées, que dès-lors il était porté dans la vue du mariage: 2°. qu'il s'occupait uniquement d'une nature de biens, des biens dotaux, et de leur conservation, et qu'il ne s'occupait des personnes qu'en tant qu'elles avaient rapport à ces biens: 3°. qu'il faisait loi pour les biens de Normandie, en quelque pays et sous quelque coutume que les époux fussent nés, mariés et domiciliés.

471. La matière ainsi éclaircie, il sera maintenant facile de répondre à cette question : Ces statuts régissent-ils encore les femmes mariées sous leur empire?

A l'égard du premier, il faudra décider que, puisqu'il concernait toutes les femmes, filles, mariées, ou veuves, sans aucune distinction entre elles, puisqu'il s'occupait uniquement de la capacité des personnes, et ne les régissait que tant qu'elles restaient domiciliées dans la province où il était observé; il est dès-lors indépendant des conventions et des droits des époux, non inhérent aux conventions matrimoniales, non matrimo-

nial, purement personnel, et ne devant plus dès-lors avoir d'effet sous les nouvelles lois qui règlent différemment la capacité des personnes (1123, C. C., et loi du 30 ventose an XII, art. 7): et à l'appui de cette opinion, nous citerons les arrêts des Cours de Paris, 11 frimaire an XIV. J. P., 1er. de 1806, pag. 69.— *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 33. — *Id.* 1er. juillet 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 358. — Rouen, 16 août 1816. J. P., 3e. de 1818, pag. 120. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 302. — *Id.* 1er. août 1817. J. P., 1er. de 1819, pag. 66.— *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 240.— *Cass.*, sect. civ., 27 août 1810, cassant un arrêt de Rouen, du 4 février 1808. J. P., 1er. de 1811, pag. 145. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 40. — *Id.*, sect. des req., 5 mars 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 24 juin 1809.—*Id.*, sect. civ., 17 août 1813, cassant un jug. du trib. de comm. de l'Aigle. J. P., 1er. de 1814, pag. 179. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 444. — *Id.*, 6 avril 1818, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen du 19 août 1816. J. P., 3e. de 1818, pag. 528.—*Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 65). Le seul arrêt que nous connaissions en sens contraire est l'arrêt susdit de la Cour de Rouen du 4 février 1808, cassé le 27 août 1810 : encore faut-il bien remarquer que, dans l'espèce, la femme ne contractait pas une obligation seulement personnelle pour son mari, mais hypothéquait à un cautionnement qu'elle lui consentait un de ses immeubles, sis en la commune de Dreux; que c'est cette dernière circonstance qui paraît avoir décidé la Cour;

qu'ainsi elle a jugé, par rapport au deuxième statut, quoiqu'elle ait mal saisi ce deuxième statut, comme nous le dirons plus bas, et non par rapport au premier, dont il s'agit ici, que son arrêt ne saurait donc être opposé à tous les arrêts sus énoncés; que d'ailleurs, elle est revenue à l'opinion commune, par son dernier arrêt du 1er. août 1817; que dès-lors on peut dire que, sur ce premier statut, la jurisprudence est unanime, et le regarde toujours comme statut personnel, aujourd'hui abrogé.

472. A l'égard du 2e. statut : comme la coutume s'occupe plus particulièrement des biens que des personnes; comme elle renferme d'abord plusieurs titres sur les biens, et ne met qu'à leur suite un seul titre sur les droits et privilèges de la femme normande pour la conservation de sa dot; comme les placités sont conçus dans le même esprit, ainsi qu'il résulte du rapprochement des art. 126 et 127, et ne s'occupent nullement des qualités civiles, de la condition, et de l'état de la personne, ne regardent même l'intérêt de la personne que comme un objet secondaire, puisque la 2e. partie de leur art. 127 permet d'exécuter, du vivant de la femme, sur ses meubles et sur les revenus des immeubles, après l'échéance et la mobilisation de ces revenus, un contrat qu'elle annulle pour avoir été passé sans avis de parens et permission du juge; comme en un mot ces coutumes et placités, dont se compose le 2e. statut, ont ainsi évidemment pour but principal la conservation d'une espèce de biens

dans les familles, ont dès-lors servi de bâses aux conventions matrimoniales; il faut décider que ce 2e. statut doit continuer encore aujourd'hui à gouverner les immeubles situés en Normandie et constitués sous son empire; que ces biens lui ont été soumis dès l'instant du mariage et pour toute la durée du mariage, d'une manière formelle ou tacite; qu'il en est résulté, pour chacun des époux, des droits irrévocablement acquis; droits conventionnels autant que statutaires, droits fondés sur la faveur et l'immutabilité des actions matrimoniales, sur l'empire et la garantie de la loi qui présidait aux mariages, droits par conséquent qui, de leur nature, étaient placés hors des atteintes d'une future législation. En abrogeant le sénatus-consulte Velléien et l'authentique *si qua mulier*, qui étaient un statut personnel, le Code civil n'a point abrogé ce 2e. statut qui est réel: en permettant aux femmes, par l'abrogation du 1er. statut, de s'obliger pour autrui, il ne l'a permis, par le maintien du 2e. statut, que sur les biens disponibles au jour des obligations.

Et voici des arrêts conformes à cette doctrine: comme la question s'était élevée et sur la coutume et sur les placités séparément, nous allons donner aussi séparément les arrêts.

Relativement à la coutume, c'est-à-dire, en ce qui concerne les femmes non séparées: arrêts des Cours de Paris. 1er. juillet 1809. — *Cass.*, 5 mars 1811. — *Id.*, 6 avril 1818; arrêts cités, n°. 471, parmi ceux qui avaient au contraire déclaré l'autre statut purement personnel et abrogé. —

Cass., sect. civ., 19 décembre 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 308, cassant un arrêt de la Cour de Rouen du 16 juillet 1807, et jugeant la question même à l'égard d'une femme marchande publique, en faveur de laquelle on voulait faire admettre une exception à cause de l'art. 220 (1) du Code civil. *Id.*, sect. des req., 21 avril 1813. J. P., 1er. de 1815, pag. 338, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Caen, du 19 avril 1812, et déclarant même qu'une femme mariée sous une coutume qui lui permettait d'aliéner les biens par elle apportés en dot, et à qui il est échu, pendant son mariage, mais *avant la publication du Code civil,* des immeubles dotaux situés en Normandie n'a pu les hypothéquer.

Sur cette dernière circonstance, les anciens auteurs et les anciens Parlemens offraient une division bien marquée en deux classes. Les auteurs normands et le Parlement de Rouen adoptaient la doctrine que nous énonçons, celle que la femme, même non normande ou mariée sous une coutume de liberté, ne peut en aucune manière disposer de ses immeubles situés en Normandie. Les auteurs des autres coutumes (Pothier sur la *coutume d'Orléans,* et dans son *Traité de la Communauté.* — Dumoulin, Duplessis, Brodeau, sur celle de *Paris.* — Bourjon, dans son *Traité du Droit Commun de la France.* — Valin, sur la *cou-*

---

(1) « La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce : et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entr'eux » (art. 220 C. C.).

tume de la Rochelle) pensaient au contraire que la coutume sous laquelle le mariage avait été contracté en réglait les effets, et que la femme mariée en pays de liberté pouvait disposer de ses immeubles, quelle que fut la coutume du pays où ils seraient situés : les Parlemens, autres que celui de Normandie, adoptaient souvent cet avis. Mais, en examinant les arrêts de la Cour de cassation cités par nous, on verra que cette Cour s'est rangée pour la doctrine des auteurs et du Parlement de Normandie, qui est en effet, selon nous, bien plus conforme à la *réalité* de la coutume et des placités de Normandie (1).

Relativement aux placités c'est-à-dire, en ce qui concerne les femmes séparées ; arrêt de la Cour de cassation, sections réunies, 27 février 1817, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 1[er]. de 1817, pag. 449. — *Sirey*, tom. XVII, 1[re]. part., pag. 122. — *Denevers*, tom. XV,

---

(1) Basnage s'exprime en ces termes, sur la coutume de Normandie : « La coutume a fait cette distinction à l'égard des contrats que les femmes peuvent faire de leurs immeubles. Par l'art. 538, elle déclare les femmes capables de contracter, pourvu que ce soit du consentement de leurs maris ; et cette disposition concerne *la personne*. Par les art. 539 et 540, elle prescrit les conditions sous lesquelles elle leur permet la vente de leurs propres ; et ce sont là des dispositions *réelles* auxquelles on ne peut déroger..... Ainsi ceux qui achètent des biens en Normandie ne doivent regarder, pour leur sûreté, que la loi de la province ; c'est le seul oracle qu'ils aient à consulter, sans se mettre en peine des autres coutumes, qui n'ont ni force ni autorité hors leur territoire ; s'il faut les consulter pour la validité du contrat, il en est autrement, *pour leur exécution sur les biens de Normandie* ; car ce que la coutume a de *réel* ne peut avoir lieu que conformément à sa disposition ».

Godefroy, Bérault, Pesnelle, Froland, le nouveau Denisart, le Répertoire de Jurisprudence, sont du même avis sur ces articles.

1re. part., pag. 145, qui annulle une vente faite par la femme sans l'observation des formalités voulues par l'article 127 des placités. Il décide de plus que la prohibition d'aliéner les biens dotaux, prononcée par l'article 127 de ces placités s'étendait à la femme séparée contractuellement, comme à la femme séparée judiciairement, attendu que l'article ne distingue pas et dit seulement: « *La femme séparée de biens*, etc.». La question avait été ainsi jugée par arrêt de Rouen du 8 mai 1813. J.P., 2e. de 1814, pag. 474, qu'avait cassé la Cour suprême, par arrêt du 12 juin 1815, sect. civ., J.P., 3e. de 1815, pag. 449, en renvoyant à la Cour de Paris: cette dernière, par arrêt du 18 mars 1816. J.P., 2e. de 1816, pag. 418, avait suivi l'avis de la Cour de Rouen: enfin, par l'arrêt que nous citons, la Cour de cassation, revenant sur son premier arrêt, a adopté la doctrine des deux Cours d'appel. — Depuis, autre arrêt de cassation dans le même sens, sect. civ., 10 janvier 1820. J. P., 2e. de 1820, pag. 241, annullant une hypothèque consentie par la femme sur son bien dotal normand, cassant deux arrêts de Rouen des 28 janvier 1818, et 3 mars 1819 dont les pourvois avaient été joints.

Il faut en outre faire observer que, dans l'espèce sur laquelle ont décidé les Cours de Rouen le 8 mai 1813, et de Paris, le 18 mars 1816, et celle de cassation, sections réunies, le 27 février 1817, il s'agissait d'une femme mariée à Paris, c'est-à-dire, sous le régime de la communauté, et ayant aliéné sous le Code son propre nor-

mand ; qu'ainsi ces arrêts jugent la question dans les cas les plus difficiles.

Au sujet de cette dernière circonstance, il faut éloigner une objection faite sur l'art. 2121 du Code civil, et que nous voyons bien avoir été décidée dans les dispositifs des arrêts, mais non avoir été discutée dans leurs motifs. On dit que le statut qui défendait l'aliénation des immeubles situés en Normandie doit être aujourd'hui sans force, relativement à la femme mariée sous une coutume qui établissait la communauté, comme la coutume de Paris ou autre; qu'en effet s'il est maintenu encore aujourd'hui vis-à-vis de la femme mariée en Normandie, c'est uniquement parce qu'il est condition du contrat, c'est uniquement comme statut matrimonial; mais qu'il ne peut appartenir aux conventions matrimoniales de la femme mariée sous une autre coutume; que juger ainsi ce serait juger que les époux avaient pour contrat de mariage toutes les coutumes dans lesquelles ils possédaient des biens, chacune pour les biens qui se trouvaient dans son territoire. A cela nous répondrons : du moment qu'autrefois ce statut régissait les biens situés en Normandie de la femme mariée sous une autre coutume, il s'ensuit que, même en se mariant sous une coutume qui établissait un autre régime que le régime dotal, les époux savaient que les biens de la femme situés en Normandie seraient soumis au statut dotal de Normandie; que pour ces biens une exception avait lieu au contrat de mariage; que cette exception

faisait ainsi partie des conventions matrimoniales; que dès-lors le statut normand était statut matrimonial pour les époux relativement aux immeubles normands de la femme et les statuts réels des autres provinces étaient statuts matrimoniaux des époux pour les immeubles situés dans ces provinces, comme le statut de la province sous laquelle les époux se mariaient était statut matrimonial pour le surplus des conditions; que si le statut normand était ainsi matrimonial, faisait partie des conventions matrimoniales, il doit encore avoir sa force aujourd'hui, pour la femme mariée sous une autre coutume, comme pour la femme mariée en Normandie, parce que, pour l'une comme pour l'autre, des lois postérieures ne peuvent, sans effet rétroactif, changer les conventions d'un contrat antérieur, et que notre Code a déclaré n'avoir point d'effet rétroactif. Qu'on fasse attention que tous ces raisonnemens ne sont relatifs qu'aux biens possédés par la femme avant le Code; nous parlerons plus bas de ceux qui lui sont échus depuis.

Les deux arrêts de cassation, des 27 février 1817 et 10 janvier 1820, ont de plus décidé ce que nous avons dit, n°. 470, que l'article 127 desdits placités permettait évidemment d'exécuter sur les meubles de la femme et sur les revenus de ces immeubles, après l'échéance et la mobilisation de ces revenus, un contrat d'aliénation nul, faute d'avoir été passé avec l'avis des parens et la permission du juge. Et, en ce point, l'arrêt du 10 janvier n'était point opposé aux arrêts de Rouen

et de Caen, qu'il annullait seulement comme ayant maintenu l'hypothèque consentie par la femme sur son immeuble dotal situé en Normandie.

L'arrêt du 10 février 1820 décide encore que néanmoins l'art. 127 des placités, portant que les obligations *pourront* être exécutées sur les revenus des immeubles, n'interdit pas aux juges la faculté de restreindre cette exécution, à la portion des revenus qui n'est pas absolument nécessaire pour subvenir aux charges du mariage.

Mais qu'on observe que les placités ne concernant que les femmes séparées, cet art. 127 ne s'applique qu'aux obligations souscrites par les femmes depuis leur séparation, et non à celles qui seraient souscrites avant cette séparation, et qui sont alors gouvernées par la règle de la coutume, par les art. 539, 540, 542, cités plus haut, auxquels l'art. 127 des placités n'est dérogatoire que pour les femmes séparées ; qu'ainsi les revenus de la dot d'une femme normande ne peuvent être saisis pour obligations par elle affectées, avant sa séparatiou de biens, sur ses immeubles dotaux, avec le consentement de son mari, d'après l'art. 553 de ladite coutume.

Rapportons maintenant les arrêts contraires à la doctrine de la réalité du 2e. statut, à sa permanence pendant toute la durée du mariage pour les femmes mariées sous son empire, les arrêts qui voulaient le faire considérer comme personnel et étant aujourd'hui sans aucun effet.

Relativement à la coutume : arrêt de Rouen du

16 juillet 1807, cassé le 19 décembre 1810, comme il est dit ci-dessus.

Relativement aux placités : arrêts de Rouen, des 28 janvier 1818 et 3 mars 1819, cassés par l'arrêt de 10 janvier 1820 sus-énoncé. — De Cassation, du 12 juin 1815 susdaté, sur lequel nous avons vu que la Cour est revenue par son arrêt des sections réunies du 27 février 1817.

Et Parmi les auteurs qui ont adopté cette doctrine, erronée selon nous, nous ne connaissons que MM. Chabot de l'Allier, dans ses *Questions transitoires*, et Grenier, dans son *Traité des donations*.

On voit que ces arrêts sont en bien petit nombre, et ont de plus été tous cassés ; que les arrêts opposés sont en très-grand nombre ; qu'on peut dès-lors regarder la jurisprudence comme adoptant généralement l'opinion de la réalité et de la permanence de ce deuxième statut, pour les biens constitués en dot sous son empire.

474. Dans tout ce qui précède, nous ne nous sommes occupés que des propres normands possédés par la femme avant le Code civil. Il s'est aussi présenté la question de savoir si les propres normands échus, depuis le Code civil, à une femme mariée sous le régime de la communauté, et domiciliée en pays de communauté, ont pu être affectés aux obligations légalement contractées par la femme sous l'empire du Code. La Cour de cassation (sect. civ., 19 août 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 10 août 1810. J. P., 1er. de 1813, pag. 449) a adopté,

avec raison, l'affirmative; car alors la prohibition ne peut être fondée ni sur le statut normand, puisqu'il est aboli comme loi générale; ni sur les conventions matrimoniales, comme cela aurait lieu si la femme avait été mariée en Normandie, puisque les époux ne se sont pas mariés sous le statut normand, mais au contraire, sous une coutume qui ne frappait ni la femme d'incapacité, ni les biens d'indisponibilité; et de plus, la femme, en recueillant les biens par succession, les recueille en vertu des règles de succéder établies par le Code civil.

475. Résumons notre opinion sur ces statuts normands. Il existait autrefois en Normandie deux statuts

Le premier, composé du sénatus-consulte Velléien et de l'authentique *si qua mulier*, concernait toutes les femmes, filles, mariées ou veuves, et leur défendait de s'obliger, de se rendre caution, d'hypothéquer leurs biens, pour autrui, le défendait même aux femmes mariées pour leurs maris, et annullait ces obligations, à moins qu'elles n'eussent tourné au profit de la femme : mais il leur permettait de vendre leurs biens. Ce statut était purement personnel; il est abrogé par les nouvelles lois, et est sans effet pour toutes femmes, même pour celles qui ont été mariées sous son empire.

Le deuxième statut, composé de la coutume, en ce qui concerne les femmes non séparées de biens, et des placités en ce qui concerne les femmes séparées de biens, soit contractuellement, soit judiciai-

rement, n'est relatif qu'aux femmes mariées, ou plutôt qu'à une espèce de leurs biens, à leurs biens dotaux. La femme mariée, séparée ou non, pouvait toujours aliéner ses biens paraphernaux: mais tous les immeubles situés en Normandie, appartenant à une femme sous quelque coutume qu'elle fût mariée et quelque fût le domicile des époux, étaient réputés dotaux. A l'égard des biens dotaux, la femme mariée, non séparée, pouvait, à la vérité, les aliéner, vendre ou hypothéquer, avec le consentement du mari; mais elle conservait récompense sur les biens du mari, du jour du mariage, et recours subsidiaire contre l'acquéreur, en cas de non remploi, ce qui faisait qu'on ne pouvait acheter son bien dotal sans suivre le remploi: la femme séparée, judiciairement ou contractuellement, ne pouvait les aliéner, vendre ni hypothéquer, sans avis de parens et permission du juge; à défaut de l'observation de cette formalité, le contrat était nul, sous cette réserve qu'il était exécutoire du vivant de la femme sur ses meubles et sur les revenus des immeubles, après leur échéance et leur mobilisation. Et la femme, séparée judiciairement, pouvait aliéner sans autorisation les immeubles par elle acquis depuis la séparation. Ce statut gouvernait les immeubles situés en Normandie, que la femme fût normande ou non, en quelque pays et sous quelque coutume qu'elle se fût mariée, et que les époux fussent domiciliés. Il était matrimonial et réel, et régit encore, pendant toute la durée du mariage, les biens situés en Norman-

die, constitués dotaux sous son empire, et possédés avant le Code.

476. Ces principes que nous venons de poser sur les statuts normands sont tirés de l'essence même des statuts, sont généraux, et aideront pour les questions qui se présenteraient sur d'autres statuts coutumiers. Ainsi, par suite du principe de la permanence actuelle du statut réel, sur les biens constitués en dot sous son empire, la Cour de Bordeaux (2 août 1813. J. P., 3e. de 1815, pag. 476. — *Sirey*, tom. XV, 2e part., pag. 106) a décidé que la dot constituée sous la coutume de Bordeaux, qui la réputait inaliénable, n'a pas perdu son caractère d'inaliénabilité par le changement de législation; et par suite de ce même principe, et de cet autre, que le statut réel gouverne tous les biens situés dans son enclave, et seulement les biens situés dans cette enclave, sans égard aux pays de coutumes différentes où les époux se sont mariés ou sont domiciliées, la Cour de cassation (sect. civ., 27 août 1810, cassant un arrêt de la Cour de Rouen, du 4 février 1808. J. P., 1er. de 1811, pag. 145. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 40. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 535) a jugé que la femme normande avait pu affecter à un cautionnement qu'elle donnait à son mari sous le Code, c'est-à-dire depuis l'abrogation du sénatus-consulte Velléien, ses biens dotaux, quoique le Code les déclarât inaliénables, si la coutume où ils étaient situés, et qui régissait dès-lors les époux pour ces biens, en permettait l'aliénation. Il s'agissait, dans

l'espèce, d'immeubles situés dans l'enclave de la coutume de Dreux, dont l'art. 55 permettait à la femme d'aliéner ses biens dotaux, avec l'autorisation de son mari.

477. Tirons les conséquences de ces principes sur la capacité actuelle des femmes normandes, et sur l'aliénation de leurs immeubles.

Quant aux femmes non mariées sous les anciens statuts de Normandie, elles sont dans la même position que les femmes de toutes les autres provinces : car le premier statut, composé du sénatus-consulte Velléien et de l'authentique *si qua mulier*, statut personnel, a été abrogé par les lois nouvelles, qui règlent leur capacité; et le deuxième statut, composé de la coutume et des placités, n'avait rapport qu'aux femmes mariées :

Quant aux femmes mariées sous ces anciens statuts, le premier ayant été abrogé par le titre *des Contrats*, du Code civil, promulgué le 17 février 1804, elles peuvent, depuis cette époque, s'obliger pour autrui, sous les réserves et formalités fixées par le Code civil, et sous celles qui résultent du deuxième statut. Ce deuxième statut ayant subsisté comme loi générale, à l'égard des biens, jusqu'à la promulgation du titre *du Contrat de Mariage*, du 20 février 1804 (qui a permis à la femme de contracter sous l'autorisation de son mari, et d'aliéner ses biens personnels, excepté ses biens dotaux d'après son contrat de mariage), mais devant subsister comme loi matrimoniale à l'égard des femmes mariées sous son empire, il régit encore les femmes mariées sous lui avant la

promulgation du titre du *Contrat de Mariage* ; et voici ce qui en résulte à l'égard de ces femmes :

1°. Les femmes non séparées de biens peuvent aliéner leurs immeubles situés en Normandie, avec le consentement du mari; mais elles conservent toujours une récompense sur les biens du mari, du jour du mariage, et un recours subsidiaire en revendication contre les acquéreurs, à défaut de cette récompense sur ceux du mari : d'où résulte, pour l'acquéreur, l'obligation de suivre le remploi.

2°. Les femmes, séparées de biens, soit contractuellement, soit judiciairement, ne peuvent aliéner sans un avis de parens et la permission du juge, leurs immeubles situés en Normandie. Si elles aliènent, en remplissant ces formalités, l'acquéreur est exempt de tout recours, et n'a pas besoin de suivre le remploi : mais les contrats d'aliénation ou d'hypothèque qu'elles passeraient de ces immeubles sans observer ces formalités seraient nuls ; ils pourraient cependant être exécutés, du vivant de la femme, sur ses meubles et sur le revenu des immeubles, après son échéance et sa mobilisation, avec faculté aux juges de restreindre cette exécution à la portion des revenus des immeubles qui n'est pas absolument nécessaire pour subvenir aux charges du mariage. Mais cette exécution sur les revenus immobiliers ne peut être ordonnée sur les immeubles dotaux de la femme pour les obligations qu'elle aurait souscrites avant sa séparation.

3°. Les règles qui précèdent s'appliquent non-

seulement aux immeubles que les femmes, séparées ou non, possédaient en Normandie, au jour du mariage, mais encore à ceux qui leur sont advenus en Normandie, pendant la durée du mariage, même postérieurement au Code, si elles sont mariées sous le statut normand ou sous un autre qui frappait le bien d'indisponibilité ;

4°. Cependant la femme séparée de biens judiciairement, peut aliéner, sans avoir besoin d'aucune autorisation, les immeubles par elle acquis depuis sa séparation.

5°. Toutes peuvent aliéner leurs immeubles paraphernaux.

6°. Mais il ne peut y avoir d'immeubles paraphernaux que ceux situés hors de la Normandie, et ceux acquis, en Normandie ou ailleurs, postérieurement à la séparation par la femme séparée judiciairement.

7°. Ces règles gouvernent pendant toute la durée du mariage, les immeubles situés en Normandie, que la femme soit Normande ou non, sous quelque coutume que les époux aient été mariés, en quelque province qu'ils soient domiciliés; pourvû toutefois qu'ils se soient mariés pendant l'existence de la coutume normande.

8°. Par la même raison que le statut réel conservait sa force sur les biens sis en son enclave, malgré la coutume contraire où le mariage avait été contracté, il la conservait malgré les conventions contraires du contrat de mariage, s'il en avait été fait un; et toutes les clauses par lesquelles on déclarait y déroger, pour soumettre à

une autre coutume les biens sis en son enclave, sont nulles.

9°. Mais les règles ci-dessus ne s'appliquent qu'aux immeubles situés en Normandie; or, toutes les femmes mariées en Normandie, ou sous toute autre coutume, peuvent aliéner leurs immeubles dotaux situés hors de cette province, malgré la coutume et les placités de Normandie, et même dans les cas où le Code civil les déclare inaliénables, si la coutume du pays où sont situés ces biens, sous l'empire de laquelle ils sont échus ou ont été acquis, et qui régissait dès-lors les époux, pour ces biens, en permettait l'aliénation; pourvu toutefois que l'on suive les formes voulues par cette coutume.

10°. Et de plus, ces règles n'ont point de rapport aux biens échus à une femme ou acquis par une femme, en Normandie ou ailleurs, depuis le Code, si cette femme n'était pas mariée sous la coutume de Normandie, ou sous une autre qui frappât d'indisponibilité ses immeubles à venir; l'aliénabilité de ces immeubles est alors fixée par le contrat de mariage, et, à son défaut ou dans son silence, par la coutume sous laquelle le mariage a été contracté, et qui subsiste au regard de la femme, non comme loi, mais comme contrat.

Sur l'époque à laquelle les biens sont échus à la femme ou ont été acquis par elle, une distinction bien simple est à faire. Echus ou acquis antérieurement au Code, leur aliénabilité est réglée par le *statut* réel de la province,

parce que ce statut, qui, subsistant comme loi, a frappé sur ces biens, dominait toujours les statuts personnels : échus ou acquis postérieurement au Code, leur aliénabilité est réglée par le contrat de mariage, et, à son défaut ou dans son silence par la coutume sous laquelle le mariage a été contracté, parce que, le statut réel n'étant plus en vigueur au moment de leur acquisition ou de leur échéance, les conventions matrimoniales, ou la coutume du pays où le mariage a été contracté, ne sont plus dominés par lui.

Nous avons essayé de résoudre des questions dont les Notaires négligent souvent l'étude, parce qu'ils les regardent comme presqu'inextricables, et de plus comme devant être d'un court intérêt. Ces deux idées sont également fausses. Avec de l'attention, ces questions peuvent se réduire à des termes simples : et l'on n'alléguera point la briéveté de leur intérêt, si l'on veut réfléchir que les statuts réels n'ont été abrogés qu'en 1804, et que les questions qui s'élevent sur eux ont ainsi rapport à des mariages contractés jusqu'à cette époque, dont quelques-uns peuvent durer encore un demi-siècle.

CHAPITRE V.

De la dissolution du mariage.

478. *Causes de dissolution.*

478. Le Code civil (art. 227) indique trois causes de dissolution du mariage :

1°. La mort de l'un des époux ;

2°. Le divorce légalement prononcé ;

3°. La condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile.

La deuxième cause n'existe plus depuis la promulgation de la loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce. Nous parlerons plus au long de cette loi au titre suivant.

Quant à la troisième, voyez ce que nous avons dit sur les effets de la mort civile au titre *De la Jouissance et de la Privation des droits civils.*

CHAPITRE VI.

Des seconds mariages.

479. La prohibition faite à la femme, par l'art. 228 du Code civil, de contracter un nouveau mariage, si ce n'est après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, ne l'empêche pas d'en arrêter les conventions devant Notaire avant l'expiration de ces dix mois. Aussi le Code pénal, en infligeant, par les art. 194 et 195, des peines à l'officier de l'Etat civil, qui contrevient à l'art. 228 du Code civil, n'en prononce-t-il aucune contre le Notaire qui reçoit le contrat de mariage avant ce délai. La raison en

est simple : la loi n'ayant point limité l'intervalle de tems qui peut être mis entre les conventions matrimoniales et le mariage, la femme ne doit pas être présumée avoir eu l'intention de célébrer son mariage avant l'expiration des dix mois, par cela seul qu'elle en a arrêté les conventions devant Notaire avant ce terme ; et dès-lors on ne peut présumer à cet égard aucune collusion de la part du Notaire, lors même qu'en effet le mariage serait ensuite célébré avant les dix mois : car il a pu ignorer que la femme en avait l'intention ; cette intention même a pu ne naître que depuis ; et enfin le contrat des conventions matrimoniales laisse subsister, chez la femme et son futur époux, la faculté de différer leur mariage aussi longtems que bon leur semblera, et chez l'officier de l'Etat civil le devoir et la faculté de refuser la célébration du mariage avant le terme fixé par la loi.

De plus, on sent qu'il y aurait de graves inconvéniens à adopter la doctrine contraire, puisque le retard peut exposer les parties à perdre, par le décès ou le dédit de leurs parens, ou par quelqu'autre circonstance, les avantages que ceux-ci se proposent de leur faire par le contrat de mariage.

480. Mais si le mariage est célébré avant les dix mois, doit-il être frappé de nullité absolue ? Les avis des auteurs sont partagés sur cette question. MM. Delvincourt et Prudhon pensent qu'il y a nullité de mariage, parce que l'art. 228 est conçu en termes prohibitifs, et que les lois

prohibitives entraînent la nullité des actes faits au mépris de leurs dispositions. A l'appui de cette opinion on cite la maxime de Dumoulin, sur l'effet de cette expression *ne peut* apposée dans les lois, expression qui, selon ce jurisconsulte, ôte *le pouvoir de droit et de fait* (1). Mais M. Toullier n'admet pas ici l'application de la maxime. « Pour faire de cette règle, d'ailleurs sujette à une foule de limitations, dit cet auteur, une application exacte aux lois nouvelles, il faudrait supposer que les rédacteurs des lois l'ont eue perpétuellement présente à l'esprit». Et c'est ce qui ne se rencontre point ici, puisque, ainsi que nous l'apprend M. Locré, le législateur n'a point eu égard aux observations des Cours d'appel, sur le projet du Code, qui l'invitaient à prononcer la nullité des mariages contractés au mépris de la prohibition de l'art. 228, et à expliquer quand et par qui la nullité pourrait être proposée. « S'il ne l'a pas fait, c'est, dit M. Locré (*Esprit du Code civil*) qu'annuller le mariage c'eut été trop pour la contravention à une simple précaution ». M. Merlin pense aussi, avec MM. Toullier et Locré, que la défense faite à la femme de se marier avant dix mois depuis la dissolution du premier mariage n'est qu'un empêchement prohibitif (*Répert. de Jurisp.* au mot *Noces* (secondes) §. II, n°. 1).

---

(1) Negativa præposita verbo *potest* tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam. Dumoulin, sur la loi 1, *ff, de verb. Oblig.*

Nous ajouterons que la maxime de Dumoulin, est nécessairement subordonnée dans ses applications à une règle plus générale qu'on peut poser, celle que le juge doit attacher à la prohibition de la loi un effet tel que le but de la loi soit atteint et qu'il ne soit pas outrepassé. Et de cette règle découleront les conséquences ou applications suivantes. 1°. Lorsque la prohibition est d'ordre public, les intérêts privés devant lui être sacrifiés, l'acte prohibé pourra être déclaré nul, sans que le but de la loi soit outrepassé; 2°. Lorsqu'au contraire la prohibition n'est faite que dans un intérêt privé, l'acte prohibé ne pourra pas être annullé, si l'annullation de cet acte blesse l'ordre public, parce qu'autrement le but de la loi serait outrepassé; 3°. Mais dans le même cas, si cette annullation ne blesse pas l'ordre public, elle pourra être prononcée, pour la conservation de l'intérêt privé; 4°. Une prohibition d'un effet temporaire ne doit pas produire la nullité absolue de l'acte prohibé, si l'effet de celui-ci est, de sa nature, perpétuel, et si l'ordre public n'est pas le motif de la prohibition.

Nous posons ici ces maximes, parce que nous n'aurions peut-être pas ailleurs occasion de les rappeler, et qu'elles sont nécessaires pour montrer les limitations que souffre la règle de Dumoulin. On voit que la seconde et la quatrième sont parfaitement applicables à la question. Car la prohibition de l'art. 228 du Code civil n'est faite que dans l'intérêt privé de l'enfant conçu

du premier mariage, et des enfans véritablement conçus du second. Elle n'a eu pour objet que d'empêcher la confusion de part entre eux, de conserver au premier et au second la distinction des droits successifs, qui leur appartiennent respectivement. L'annullation du mariage contracté dans les dix mois pourrait réduire à l'état de concubins des enfans nés d'une alliance contractée prématurément, il est vrai, mais cependant avec les solennités prescrites par la loi; elle blesserait ainsi l'ordre public qui est intéressé à ce que le nombre des concubins soit le moindre possible. Enfin, la prohibition est temporaire, et le mariage est d'un effet perpétuel : le maintien du mariage doit donc prévaloir sur la simple considération de cette prohibition.

La jurisprudence est conforme à cette dernière opinion (*Cass.*, sect. civ., 29 octobre 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de Dijon du 3 juillet 1807. *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 46.—*Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 22), « attendu, dit la Cour de cassation, que l'art. 228 du Code civil portant que, etc., n'a pas attaché à cette prohibition la peine de nullité du mariage; que cette prohibition n'est pas rangée parmi les causes des demandes en nullité de mariage dont il est traité au chap. IV, tit. V, liv. 1er. du Code; — Attendu qu'en effet il y aurait une rigueur exagérée à annuller l'acte le plus important et le plus favorable de la vie civile, un mariage, par l'application trop étendue de cet article du Code, qui ne crée qu'un empêchement temporaire, qui n'est

que de précaution et de police; tandis que, pour en remplir le vœu, pour en assurer l'exécution, et pour prévenir les inconvéniens possibles de la précipitation des secondes noces, il est des moyens suffisans dans l'attention plus exacte des officiers de l'état-civil et dans la surveillance active des magistrats exerçant le ministère public ». Dans l'espèce, le mariage n'avait été suivi d'aucune grossesse; le second mari était décédé sans postérité; et la nullité du mariage n'était demandée que par des héritiers collatéraux pour faire annuller les donations faites par le mari à sa femme en considération du mariage.

481. Mais la femme qui se remarie dans les dix mois encourt-elle quelque peine?

Dans l'ancien Droit romain la veuve qui se remariait dans l'année du deuil était déclarée infâme (*L.* 1. ff. *de his qui not. infam.*). L'année n'était alors que de dix mois; et la peine n'avait pour objet que de prévenir l'incertitude de la filiation, *Turbationem sanguinis* (seminis) *et incertitudinem prolis.* Aussi la veuve, une fois accouchée, pouvait se remarier aussitôt après, sans attendre la fin de l'année du décès de son mari (*L.* 11, §. *II*, *eod. tit.*)

On ajouta ensuite deux mois à l'année du deuil et l'on augmenta les peines.

Indépendamment de l'infamie qu'elle encourait, la femme qui se remariait dans l'an du deuil perdait tous les avantages que lui avait faits son premier mari; devenait incapable de succéder à ses enfans, et à ses parens au-delà du troisième

degré ; ne pouvait plus disposer à titre gratuit ; ni apporter en dot à son second mari au-delà du tiers de ses biens.

La tache de l'infamie fut supprimée par le droit canonique. Mais les autres peines subsistèrent. Elles étaient observées dans les parlemens de Toulouse, de Grenoble, d'Aix et de Dijon. Elles ne l'étaient pas au Parlement de Bordeaux, ni à celui de Paris ; si ce n'est la perte du douaire, qui fut introduite par la dernière jurisprudence contre les femmes qui se remariaient dans l'an du deuil.

D'autres lois et coutumes dont nous ne rapporterons point ici les dispositions, avaient établi des peines tant contre le mari que contre la femme qui, ayant des enfans d'un premier lit, se remariaient, même après l'an du deuil. La loi du 17 nivose an II ne s'étant point occupé spécialement des secondes noces, et ayant seulement réglé en général la transmission des biens par succession et donation, on a jugé avec raison qu'elle n'avait point aboli les peines, et qu'elle y avait laissé sujets les époux mariés sous son empire (*Cass.*, sect. civ., 9 brumaire an IX, rej. le pourv. contre un jug. du trib. de Lot-et-Garonne, du 7 ventôse an VII. J.P., 1[er]. de 1806, pag. 37.—*Sirey*, tom. I, 1[re]. part., pag. 353. — *Denevers*, tom. I, 1[re]. part., pag 285. — *Id.*, sect. des req., 2 mai 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Nîmes du 12 décembre 1806. J. P., 2[e]. de 1808, pag. 228. —*Sirey*, tom. VIII, 1[re]. part., pag. 361.—*Denevers*, tom. VI, 1[re]. part., pag. 219).

Par la même raison, il faut décider que les peines contre la femme qui se remariait dans l'an du deuil ont subsisté pendant le règne de la loi du 17 nivose an II.

Mais le Code pénal n'ayant imposé, comme nous l'avons déjà dit, des peines qu'à l'officier de l'état-civil qui reçoit l'acte du second mariage d'une femme avant l'expiration des dix mois de la dissolution du premier; et le Code civil s'étant borné à la prohibition d'un tel mariage, sans y ajouter aucune peine contre la femme, n'ayant d'ailleurs prononcé aucune peine contre les seconds et autres subséquens mariages, d'homme ou de femme, on ne peut douter que toutes les lois pénales antérieures au Code sur cette matière n'aient été abrogées, et ne soient inapplicables sous l'empire du Code; qu'ainsi la femme qui se remarie dans les dix mois ne conserve tous les avantages qui lui ont été faits par son premier mari, même sous l'empire des lois anciennes (Colmar, 7 juin 1808. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 168.—*Denevers*, tom. VII, 2e. part., pag. 10).

Voyez ci-après, au titre *des Donations et Testamens*, ce que nous disons sur les avantages que peut faire à son second époux, l'époux qui se remarie, ayant des enfans d'un premier lit.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Sur le titre du Mariage.

Nous n'avons point traité des formalités relatives à la célébration du mariage, ni des demandes en nullité de mariage, parce que ni les unes ni les autres ne sont de la compétence des Notaires. L'accomplissement des premières est confié aux officiers de l'état-civil; la formation et la connaissance des secondes appartiennent aux officiers ou fonctionnaires qui sont chargés d'instruire ou de juger les procès.

Si nous avons parlé des conditions d'âge ou d'état, de la capacité pour consentir et des oppositions qu'on peut former au mariage, c'est parce que ces circonstances suffisent quelquefois pour autoriser le Notaire à refuser de recevoir le contrat de mariage, ou à inviter les parties, dans leur intérêt, à en suspendre la rédaction.

TITRE SIXIÈME.

Du Divorce et de la Séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER.

Du divorce.

481. *Histoire des lois introductives et abolitives du divorce.*

481. Avant les lois intermédiaires de la révolution, le divorce n'était point admis en France. Ce fut la loi du 20 septembre 1792 qui l'introduisit parmi nous. Cette loi accordait une très-grande facilité au divorce, puisque l'un des époux pouvait, pour simple cause d'incompatibilité d'humeur, demander le divorce contre l'autre époux. Cette facilité fut augmentée à un point excessif par les lois des 8 nivose et 5 floréal an II. Mais ces dernières donnèrent lieu à tant de scandales qu'on sentit bientôt la nécessité de les rapporter; et la loi du 15 thermidor an III, renferma la faculté de divorcer dans les limites tracées par la loi du 20 septembre. Ces limites furent encore resserrées par les rédacteurs du Code civil. Il ne fut plus permis à l'époux de demander le divorce contre l'autre époux que pour l'une des causes graves ci-après, savoir : 1°. l'adultère de la femme, ou l'adultère du mari lorsqu'il aurait tenu sa concubine dans la maison commune (art. 229 et 230 du Code civil); 2°. les

excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre (231); 3°. la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (232). La demande en divorce pour simple cause d'incompatibilité d'humeur fut abolie. Mais il fut permis de divorcer par consentement mutuel, sauf l'accomplissement des formes, solennités et délais auxquels le législateur soumit cette dernière cause de divorce, pour en rendre l'exécution plus difficile, et pour prémunir les époux contre leur propre légèreté ou contre leur inconstance. Une loi transitoire, du 26 germinal an XI (16 avril 1803), conserva aux divorces, prononcés par des officiers de l'état civil ou autorisés par jugement, avant la publication des dispositions nouvelles du Code civil, tous leurs effets conformément aux lois antérieures, et statua que les demandes formées antérieurement à la même époque, continueraient d'être instruites, et les divorces seraient prononcés et auraient leurs effets conformément aux lois qui existaient avant cette publication.

Enfin survint la loi du 8 mai 1816, qui abolît le divorce (art. 1er.); convertît en demandes et instances en séparation de corps, les demandes et instances en divorce pour causes déterminées; restreignît aux effets de la séparation les jugemens et arrêts non encore suivis de la prononciation du divorce par l'officier civil (art. 2); annulla tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel, et considéra comme non avenus, les jugemens et arrêts rendus en ce

cas, mais non suivis de la prononciation du divorce (art. 3).

CHAPITRE II.

De la séparation de corps.

Causes de la séparation. — De l'autorisation de la femme pour la demande en séparation. — Des actes conservatoires pendant l'instance en séparation. — De l'habitation de la femme pendant cette instance. — De la garde des enfans. — Des alimens. — Des effets de la séparation de corps.

SECTION PREMIÈRE.

482. *Causes de la séparation.*

482. Les mêmes causes déterminées qui autorisaient les époux à demander le divorce, les autorisaient aussi (art. 306 du C. C.) à ne demander que la séparation de corps. L'abolition du divorce leur a ôté cette alternative. Il ne peuvent plus, pour de semblables causes, que former la seconde espèce de demande.

L'examen des arrêts rendus sur ces causes n'intéresse que les juges et les officiers ministériels chargés de l'instruction des procès. Nous nous dispenserons donc d'en parler ici.

SECTION II.

De l'autorisation de la femme pour la demande en séparation.

483. *La femme, sans avoir eu recours préalablement à l'auto-*

risation maritale, peut demander celle de la justice; et même ne la demander que pendant le cours de l'instance.

484. *La femme mineure n'a pas besoin, pour former cette demande, de l'autorisation d'un curateur.*

483. La femme qui veut former contre son mari une demande en séparation de corps a sans doute besoin, pour plaider sur cette demande, de l'autorisation de la justice, à défaut de l'autorisation maritale. Mais doit-elle d'abord demander cette autorisation à son mari, et le juge ne doit-il la lui accorder que sur le refus constaté du mari? L'autorisation accordée par le juge, postérieurement à la demande en justice, et seulement pendant le cours de l'instance, sera-t-elle suffisante pour valider la procédure? Une demande en séparation de corps ne pouvant avoir lieu que pour une cause toujours injurieuse, on sent que le mari refusera toujours son autorisation. Il y a donc dans la nature même de l'action présomption légale et suffisante du refus du mari; et la raison veut que, au moyen de l'existence de cette présomption, on épargne à la femme une démarche et des frais inutiles. Ainsi la femme peut, en cette circonstance, recourir directement à la justice pour se faire autoriser. Qu'importe ensuite que la demande en justice de la séparation de corps soit précédée de l'autorisation de la justice à former cette demande, ou que cette autorisation ne soit accordée qu'après la demande et dans le cours de l'instance? La demande en justice de la séparation de corps ne porte-t-elle pas avec elle, par sa nature, ainsi

que nous l'avons dit, la présomption légale du refus du mari; et ne contient-elle pas, par conséquent, la demande implicite de l'autorisation du juge pour suivre et plaider sur cette demande? Et si elle doit être réputée la contenir nécessairement, ne doit-elle pas suffire pour la validité de l'autorisation qui sera ensuite donnée dans le cours de l'instance par le juge? On ne voit aucune raison pour contester l'affirmative : car on sera alors parfaitement dans les termes de l'art. 218 du Code civil, qui porte que « si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation ». Or il y a ici refus suffisamment et légalement présumé du mari : former la demande, donner une assignation ce n'est pas encore *ester en justice*. Ester en justice, c'est y comparaître, y plaider, y prendre ou renouveler ses conclusions. Il suffira donc que le juge autorise la femme, lorsqu'elle comparaîtra, plaidera, prendra ou renouvellera ses conclusions en justice (*Cass.*, sect., des req., 13 brumaire an XIV, rej. le pourv., contre un arrêt de la Cour de Bordeaux. J. P., 1er. de 1806, pag. 180. — *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 111. —*Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 70. — Bordeaux 1er. juillet 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 182. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 238).

484. La femme mineure, qui forme une semblable demande, n'a pas besoin de l'assistance d'un curateur, parce qu'il s'agit ici d'une action personnelle, et non d'une action immobilière, qui est la seule pour laquelle l'assistance d'un

curateur soit requise, suivant l'art. 482 du Code civil (susdit arrêt de Bordeaux).

SECTION III.

Des actes conservatoires pendant l'instance en séparation.

485. *Le mari conserve, pendant l'instance, l'administration de la communauté et la perception des revenus.*

486. *Mais la femme peut faire apposer les scellés et requérir l'inventaire.*

487. *La femme commune ne peut faire apposer le séquestre, même sur les fruits de ses biens personnels :*

488. *Ni sur une succession qui lui écherrait pendant l'instance.*

489. *Le mari commun peut faire apposer les scellés chez sa femme, habitant hors de chez lui, et requérir la levée des scellés sur les effets d'une succession échue à sa femme, même depuis la demande en séparation.*

490. *Si le mari s'est rendu indigne de confiance, le tribunal peut ordonner le dépôt à la caisse des consignations des sommes à recevoir.*

485. Pendant l'instance en séparation de corps, la puissance maritale continue à subsister sous tous les autres rapports que celui de la nécessité de l'autorisation du mari pour intenter ou suivre la demande.

Ainsi, quoique la séparation de corps emporte toujours séparation de biens (art. 311, C. C.), et quoique le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande (art. 1445, 2e. §.) ; cependant, comme jusqu'au jugement il y a incertitude si la séparation sera ou non prononcée, la communauté est toujours censée subsistante, et par con-

séquent continue d'être régie comme si elle devait en effet subsister. Le mari en conserve donc l'administration pendant l'instance en séparation; il perçoit les revenus communs; et non seulement ceux des fonds communs, mais aussi ceux des propres de sa femme; et les tribunaux ne peuvent lui ôter cette administration ni cette perception, pour la confier à un tiers à la charge de rendre compte (Amiens, 4 prairial an XII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 273).

486. Mais la femme peut faire apposer les scellés, et requérir l'inventaire, pour constater l'état de la communauté, parce que ce ne sont là que des mesures conservatoires qui ne nuisent point à l'administration légale du mari; d'autant plus que celui-ci devant être en ce cas constitué gardien judiciaire des objets inventoriés (art. 270, C. C.), il en conserve de droit et de fait la possession. Il est vrai que les dispositions du Code sur la séparation de corps, ne statuent point spécialement sur ce droit de la femme. Néanmoins, on a jugé avec raison que ce qui avait été établi à cet égard par l'art. 270 du Code, en faveur de la femme demanderesse ou défenderesse en divorce, devait lui être également appliqué, en matière d'instance en séparation de corps, parce que le motif est le même, parce qu'il y a même raison de protéger la femme contre le mari, sans nuire aux droits de celui-ci (Amiens, 5 pluviose an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 445).

487. Au-delà de ces mesures conservatoires,

le droit de la femme cesse. Ainsi, elle ne peut demander le séquestre des fruits de ses biens personnels; encore qu'ils soient sur le point d'être recueillis, et qu'il y ait lieu de craindre que le mari peu solvable ne puisse en répondre. Les parties et la chose ne sont, en effet, dans aucun des trois cas prévus par l'art. 1961 du Code (1), où le séquestre peut être demandé. La propriété de ces fruits est bien incertaine, par l'effet rétroactif que doit avoir le jugement de séparation; mais elle n'est pas litigieuse. Car ce n'est pas sur la propriété de ces fruits que l'on plaide, mais seulement sur la séparation de corps qui n'entraînera la séparation de biens que comme conséquence. De plus, le séquestre ne peut pas être assimilé aux scellés, dont le mari a droit de demander la levée, en faisant inventaire: car, aussitôt après l'inventaire, il demeure gardien des objets inventoriés, et n'est plus tenu que de les représenter ou de répondre de leur valeur (art. 270). On conçoit donc que la puissance maritale puisse se concilier avec la mesure conservatoire des scellés: mais on ne peut plus le concevoir avec un séquestre étranger (Liége, 13 février 1809. J. P., 1er. de 1810, pag. 384—*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 295, et tom. XII, 2e. part.,

---

(1) « La justice peut ordonner le séquestre,

« 1°. Des meubles saisis sur un débiteur;

« 2°. D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes;

« 3°. Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (Art. 1961 du Code civil). »

pag. 211. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 33).

488. Lors même qu'il écherrait à la femme une succession nouvelle pendant l'instance, elle ne serait pas plus fondée à demander que les biens de cette succession fussent mis en séquestre, parce que, encore une fois, le sort de la demande en séparation étant incertain, il peut arriver que tout le mobilier et les fruits de cette succession tombent dans la communauté, dont le mari est l'administrateur légal, comme nous l'avons établi, tant qu'elle n'est pas déclarée dissoute par le jugement (Angers, 27 août 1817. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 131).

489. Quoique l'art. 270 (1) du Code civil ne s'explique qu'à l'égard de la femme, quant au droit de faire apposer les scellés, cependant il n'est pas douteux que le mari n'ait aussi ce droit. La loi n'avait pas besoin de le lui donner expressément. Car, en sa qualité d'administrateur légal de la communauté, il a le droit, il est même dans l'obligation de prendre toutes les mesures conservatoires qui peuvent empêcher la perte ou la dissipation des biens de la communauté. La femme, au contraire, continuant de demeurer soumise à la puissance maritale, n'aurait pas eu

---

(1) « La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (art. 270, C. C.) ».

ce droit, si la loi ne le lui eût pas expressément accordé. Telle est la raison du silence gardé à l'égard du mari dans l'art. 270 du Code. Le mari peut donc, sans autorisation de la justice, faire apposer les scellés chez sa femme habitant hors de chez lui, surtout s'il croit qu'elle a soustrait des effets de la communauté. Il peut également requérir la levée des scellés apposés sur les effets d'une succession échue à sa femme, même depuis la demande en séparation, soit pour empêcher que les choses mises sous les scellés ne dépérissent, soit pour veiller lui-même à l'administration et à la conservation des biens de cette succession, sauf à faire inventaire à mesure de la levée des scellés (Angers, 16 juillet 1817. *Sirey*, tom. XVIII, 2ᵉ. part., pag. 143).

490. Le mari est l'administrateur légal de la communauté, même pendant l'instance en séparation de corps; telle est la règle générale. Il a la confiance de la loi, qui ne l'assujettit à aucune caution, qui ne lui demande même pas compte de sa solvabilité, quoiqu'elle le constitue gardien des objets inventoriés, et l'oblige à les représenter ou à répondre de leur valeur. Mais, par là même que toutes les décisions ci-dessus sont fondées sur la confiance de la loi et que cette confiance en est la première bâse, il faut décider aussi que, sitôt que le mari se sera ouvertement rendu indigne de cette confiance, si, par exemple, il a tenté de soustraire secrètement les meubles dont il aura été constitué gardien, le tribunal pourra, par mesure d'acte conservatoire, et

en vertu de l'art. 869 (1) du Code de procédure civile, ôter à sa garde les objets ou sommes dont on peut justement craindre qu'il ne spolie la communauté. Ainsi le tribunal pourra, en ce cas, ordonner le dépôt à la caisse des consignations des sommes à recevoir; car à la qualité d'administrateur, que le mari tient de la loi, il doit pouvoir réunir celle de gardien que la loi y attache pendant l'instance. Et il ne saurait imputer qu'à lui d'avoir perdu, par indignité incontestable, cette seconde qualité. Il est sorti volontairement de l'ordre fixé par la loi (Metz, 23 juin 1819. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 276).

SECTION IV.

De l'habitation de la femme pendant l'instance en séparation de corps.

491. *A défaut de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, la femme n'est pas et ne peut pas être déclarée déchue de sa demande en séparation.*

492. *L'indication de résidence faite à la femme, pendant l'instance en séparation, ne peut au surplus l'engager que pour le tems de cette instance.*

491. L'art. 268 du Code civil porte: « la femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite. . . Le tribunal indiquera la maison dans la-

(1) « Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé, sur la demande en séparation, aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites, et qui seront observées à peine de nullité, laquelle pourra être opposée par le mari ou par ses créanciers (art. 869, C. de Pr.) ».

quelle la femme sera tenue de résider. . . » L'art. 269 ajoute : « la femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites ».

L'art. 878 du Code de procédure, au sujet de la séparation de corps, dit : « le président fera aux deux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut y parvenir, il rendra, en suite de la première ordonnance, une seconde portant. . . Il autorisera par la même ordonnance la femme à procéder sur la demande, et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office ». . .

Les articles 268 et 269 du Code civil sont-ils applicables à la femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps? Ou ne doit-on lui appliquer que l'art. 878 du Code de procédure? Nous adoptons cette dernière opinion, et nous pensons ainsi, que, à défaut de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, elle n'est pas et ne peut pas être déclarée déchue de sa poursuite en séparation de corps. Et la jurisprudence est unanime à cet égard. Dès avant la publication du Code de procédure, la Cour de Bordeaux (21 floréal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 138.—*Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 224) avait déjà jugé que les dispositions des art.

268 et 269 du Code civil n'étaient pas applicables à la séparation de corps. Et cette décision était juste : car le Code civil a eu soin de déterminer les formes particulières de la poursuite en divorce ; et, au lieu de renvoyer à ces formes pour la demande en séparation de corps, il dit (art. 307) : « elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ».

Le Code de procédure, publié en 1806, en réglant spécialement, au tit. IX, liv. 1er., les formes de procéder en matière de séparation de corps, et en renvoyant au Code civil l'explication de celles qui concernent le divorce (art. 881, C. de pr.), n'a plus laissé le moindre doute sur la nécessité de distinguer ces deux espèces de procédure. D'ailleurs il a pris soin, comme nous l'avons vu, par l'art. 878, de poser la règle quant à l'habitation de la femme; et s'il n'a ajouté aucune peine à l'infraction de cette règle, il est clair que les juges ne peuvent y suppléer, en appliquant les peines que l'art. 269 du Code civil a infligées pour le cas seulement du divorce. Car nulle contravention ne peut être punie d'une peine qui n'a pas été prononcée par la loi (*Voyez* l'art. 4 du Code pénal) ; et ce serait enfreindre indirectement cette prohibition que d'étendre les dispositions pénales d'une matière à l'autre (Turin, 12 février 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 493. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 436. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 26. — Bruxelles, 26 décembre 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 250. — *Cass.*, sect. des req., 14 mars 1816, rej. le pourv.,

contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 4 août 1815. *Sirey*, tom. XVII, 1[re]. part., pag. 8. — *Denevers*, tom. XIV, 1[re]. part., pag. 297. — *Cass.*, sect. civ., 27 janvier 1819, rej. le pourv., contre un arrêt de Grenoble du 11 juin 1817. J. P., 2[e]. de 1819, pag. 373. — *Sirey*, tom. XIX, 1[re]. part., pag. 165. — *Denevers*, tom. XVII, 1[re]. part., pag. 122).

Parmi les objections qu'on opposait à cette décision, on alléguait que l'indication de résidence avait pour objet de faciliter la surveillance du mari sur sa femme. Sans nier ce motif, les Cours ne l'ont pas cru suffisant pour les autoriser à prononcer la déchéance de la demande en séparation : seulement la Cour de Bruxelles, par son arrêt du 26 décembre 1811, déclara que les dépens de la poursuite du mari, quoiqu'il fut débouté de sa demande, seraient supportés par la communauté, « Attendu que la conduite de l'intimée (la femme), en changeant le domicile convenu, sans l'agrément préalable du tribunal ou de son mari, était au moins très-inconsidérée ; et que, par là, elle avait provoqué la présente poursuite intentée à sa charge ».

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1816, la femme à laquelle il avait été ordonné, par le jugement de première instance de se retirer dans le domicile momentané de ses père et mère, à Orléans, les avait ensuite suivis à Tours où était leur domicile ordinaire. Le mari, sur l'appel et en cassation, allégua le défaut de justification de résidence de sa femme à Orléans, et le transport non autorisé de son

domicile dans un lieu éloigné qui rendait impossibles sa surveillance et les moyens de réconciliation, seuls buts selon lui de la disposition de la loi. La Cour de cassation, sans s'expliquer sur l'inapplication des art. 268 et 269 qui étaient aussi invoqués, rejeta le moyen du changement de domicile « Attendu, dit-elle, qu'il n'est nullement applicable à la cause, puisque le domicile de la demoiselle B.*** avait été fixé plutôt auprès de ses père et mère, quelle que fut leur habitation, que dans la ville d'Orléans, où ils n'étaient que momentanément; que c'est ainsi que la Cour (d'appel) l'a interprété; ce qui est à la fois conforme à l'intention de la loi, et à la saine morale ». Ainsi, dans l'esprit de cet arrêt, l'intention de la loi est moins de faciliter la surveillance du mari, que d'indiquer une retraite décente et convenable à la femme, quelqu'éloignée qu'elle soit du lieu de résidence du mari.

Enfin c'est l'arrêt de cassation du 27 janvier 1819 qui s'est expliqué de la manière la plus précise sur l'inapplication à la question des art. 268 et 269 du Code civil. « Attendu, dit-il, que les art. 268 et 269 du Code civil, ne disposent que dans le cas d'une demande en divorce; que les dispositions de ces articles ne sont reproduites, ni dans le chapitre du même Code, qui traite de la séparation de corps, ni dans le titre IX du Code de procédure civile, qui a le même objet ».

Un seul arrêt, du 4 décembre 1810, de la Cour de Paris (J. P., 1er. de 1811, pag. 108. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 435. — *Denevers*, tom. X,

2e. part., pag. 27) a décidé que la femme et les enfans devaient être placés près du mari, sous sa surveillance, d'où il suivait que la femme n'avait pas dû être autorisée à prendre son domicile hors la juridiction du tribunal dans l'arrondissement duquel résidait le mari; et a en conséquence ordonné qu'elle se retirerait dans une maison de cet arrondissement qui lui serait indiquée par le président du tribunal. Mais cet arrêt, qui n'est que de circonstance, ne peut prévaloir contre celui de la Cour de cassation du 14 mai 1816. Il n'empêche pas que d'autres convenances ne rendent plus conforme à l'intention de la loi et à la morale, comme a dit cette Cour, une indication de résidence plus éloignée.

492. L'indication de résidence faite à la femme pendant l'instance en séparation de corps ne peut, au surplus l'engager que pour le tems de cette instance. Sitôt que la séparation de corps est définitivement prononcée, la femme devient libre de se choisir un domicile, et de résider où il lui plaît. Il n'importe que le jugement qui lui a désigné spécialement un lieu de résidence soit passé en force de chose jugée, qu'elle y ait acquiescé. Ce jugement ne l'oblige que tant que le lien de la puissance maritale n'estpas rompu. Car il n'a eu pour objet que d'empêcher que cette puissance ne nuisit à l'action ou à la défense de la femme ; et par conséquent l'objet et l'effet du jugement ont dû cesser avec l'expiration de la puissance maritale (Dijon, 28 avril 1807. J. P., 3e. de 1807, pag. 413. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag.

284); « Attendu, dit cet arrêt, que l'effet naturel et nécessaire de la séparation de corps est d'affranchir la femme de l'autorité de son mari, et de lui donner le droit de se choisir un domicile ».

SECTION V.

De la garde des enfans.

493. *A qui appartient-il de statuer sur cette garde ?*
494. *Quelle règle est à suivre en cette matière.*

493. Le Code civil et le Code de procédure, aux lieux où ils traitent de la demande en séparation de corps, se taisent l'un et l'autre sur la garde des enfans ; d'où naissent les questions de savoir à qui il appartient de statuer sur cette garde, et quelle règle on doit suivre en cette matière.

Il est naturel de penser que c'est au tribunal chargé de connaître de la séparation de corps, d'en apprécier les causes, et de régler, à défaut de convention entre les époux, la résidence provisoire de la femme, qu'il appartient aussi de statuer sur la garde des enfans. La morale et la raison le veulent ainsi : car ce tribunal est, pour les enfans, le protecteur le meilleur, et le plus éclairé sur leurs besoins et leurs convenances en cette occasion.

L'époux privé de la garde ne pourra pas s'en plaindre, parce qu'il a fallu nécessairement opter, et que l'autre époux eut été en droit de faire les mêmes plaintes, s'il n'eut pas été préféré. Les

prétentions réciproques et contraires se détruisent naturellement. Le père, il est vrai, a, de plus que la femme, la puissance paternelle, puissance qui doit subsister même après la séparation de corps, parce que ni le mariage ni la paternité légitime ne sont détruits par cette séparation, et que la puissance paternelle ne peut d'ailleurs cesser qu'avec la vie civile. Ainsi, à moins que la cause de la séparation n'emporte avec elle mort civile, la puissance paternelle demeure, quoique la garde des enfans soit confiée à la mère. Mais l'exercice de cette puissance peut se concilier très-bien avec la privation de la garde, comme il a été jugé par l'arrêt de cassation du 24 mai 1821, ci-après rapporté.

Et si la garde est au contraire confiée au père, la femme n'en pourra pas moins pareillement exercer ses droits maternels, quoique moins immédiatement que si elle eût eu la garde. Ainsi tous les droits de part et d'autre se concilient avec ce que requiert la nécessité produite par la séparation des époux.

494. Quant à la règle à suivre sur le choix à faire pour cette garde; si, à défaut de disposition précise du Code à cet égard, en matière de séparation de corps, on peut dire qu'elle est laissée à l'arbitre et à la sagesse du tribunal qui saura apprécier l'intérêt des enfans et ce que commandent les circonstances de la cause, on peut penser aussi, avec beaucoup de raison, que les juges n'ont pas de meilleur parti à prendre, que d'appliquer à ces sortes de questions, en

vertu de la maxime *ubi eadem ratio*, *ibì idem jus dicendum*, les dispositions du Code sur le divorce; parce que ces dispositions sont fondées tout-à-la-fois et sur la nature des causes qui donnaient lieu au divorce, et sur l'intérêt des enfans; et que ces causes et cet intérêt sont les mêmes en cas de séparation de corps; que, d'ailleurs, tout y semble avoir été prévu avec un soin particulier par le législateur.

Ainsi nous pensons qu'on doit, en ce cas, suivre, comme raison écrite, les règles tracées par les art. 267 et 302 du Code, portant (art. 267) que « l'administration provisoire des enfans restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du procureur du Roi, pour le plus grand avantage des enfans »; et (art. 302) que « les enfans seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille, ou du procureur du Roi, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfans, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne ». Et la question a été jugée dans ce sens par les arrêts des Cours (Angers, 18 juillet 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 94. — *Sirey*, tom IX, 2e. part., pag. 117. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 163. — Bruxelles, 28 mars 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 362. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 103. — Rennes, 31 juillet 1811. J. P., 3e. de 1813, pag.

354. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 101. — *Cass.*, sect. des req., 28 juin 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Pau du 20 janvier 1815. J. P., 3e. de 1815, pag. 420. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 380. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 372.—*Cass.*, sect. des req., 24 mai 1821, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Aix, du 11 août 1820. *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag 333); « attendu, disait la Cour de cassation dans ce dernier arrêt, qu'en cas de séparation de corps, comme autrefois en cas de divorce, c'est le plus grand avantage des enfans qui est le principe décisif pour désigner l'époux ou même la tierce personne à qui ils doivent être confiés, sans que par là les droits de la puissance paternelle soient blessés ou éteints ».

SECTION VI.

Des alimens.

495. *La femme a droit à la provision alimentaire, bien qu'elle ne justifie pas de sa résidence dans la maison indiquée :*

496. *Mais non si le mari subvient aux besoins de la femme dans le domicile conjugal où elle résiderait.*

495. La question des alimens dûs par le mari à la femme pendant l'instance en séparation de corps se résout par le principe général des obligations du mari envers sa femme et spécialement par l'art. 214, au chapitre *des Droits et devoirs respectifs des époux*, titre *du Mariage*. Elle se résout aussi spécialement par l'art. 878 du Code de procédure, titre *de la Séparation de corps,*

qui dit que « les demandes en provision seront portées à l'audience », d'où M. Merlin conclut avec raison que la femme a le droit de demander une provision dans ces sortes d'actions. Et en effet, la provision a toujours été accordée à la femme qui ne résidait pas avec son mari pendant l'instance ; et on y comprenait non-seulement ce qui était nécessaire à ses besoins de la vie, mais encore de quoi subvenir aux frais de la procédure pour suivre sur sa demande en séparation. On a jugé aussi avec raison que l'art. 269, qui autorise le mari à refuser la provision alimentaire à défaut de justification de la résidence de la femme demanderesse ou défenderesse en divorce, dans la maison indiquée, ne pouvait s'appliquer à la femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps. *Voyez* les motifs que nous en avons donnés, en traitant de l'*Habitation* (Aix, 29 frimaire an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 68.—Angers, 18 juillet 1808, ci-dessus cité).

496. Mais si la femme continue de résider dans le domicile marital pendant l'instance en séparation, et si le mari subvient à ses besoins de la vie, dans ce domicile, bien que le mari se fasse apporter, de la maison commune dans une autre maison, ses alimens pour prendre seul ses repas, la femme ne peut exiger de provision alimentaire, parce que cette provision ne serait fondée sur aucun besoin réel. Toutefois, comme elle ne dispose point des revenus de la communauté, on peut lui adjuger une provision pour pourvoir aux

frais de son action en séparation (Amiens, 4 prairial an XII. *Sirey*, tom. V, 2ᵉ. part., pag. 273).

SECTION VII.

Des effets de la séparation de corps.

497. Si après la dissolution du mariage par le divorce, pour cause déterminée, la loi (art. 301 du C. C.) donnait au tribunal la faculté d'accorder à l'époux qui avait obtenu le divorce, une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux, en cas d'insuffisance des avantages faits au premier, pourvu que cette pension n'excédât pas le tiers des revenus de l'époux défendeur ; à plus forte raison, le tribunal doit-il pouvoir exercer cette faculté en faveur de l'époux qui a obtenu la séparation de corps : car l'époux demandeur en séparation ne doit pas plus souffrir des torts qui ont justement motivé cette séparation, que le demandeur en divorce ne souffrait des torts de l'autre époux ; et de plus, la séparation ne dissout pas le lien du mariage, comme le faisait le divorce (*Cass.*, sect. des req., 28 juin 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Pau, du 20 janvier précédent. J. P., 3ᵉ. de 1815, pag. 420. —

Sirey, tom. XV, 1re. part., pag. 380. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 372).

498. Quels sont aujourd'hui les effets de la séparation de corps, relativement aux avantages qu'ont pu se faire les époux ?

La question doit être examinée, et pour les mariages contractés sous l'ancien droit, et pour les mariages contractés sous la législation nouvelle.

Sous l'ancien droit, dans quelques provinces, la séparation de corps opérait de plein droit la révocation des avantages faits par l'autre époux à celui contre lequel elle était prononcée : mais dans d'autres provinces, et c'était le plus grand nombre, sans opérer de plein droit cette révocation, elle donnait simplement pouvoir de la provoquer à l'époux qui obtenait la séparation :

Le fondement de cette action était l'ingratitude, cause générale de révocation des donations; et alors les juges avaient à décider, suivant les circonstances de la cause, s'il y avait effectivement preuve suffisante d'ingratitude pour motiver la révocation des avantages.

D'après le principe de non rétroactivité, les effets de la séparation de corps prononcée depuis le Code doivent être réglés, relativement aux avantages stipulés entre époux, par la loi sous laquelle le mariage a été contracté. Dès-lors, selon la différence de cette loi, la séparation entraînera la révocation de plein droit, ou le pouvoir de demander la révocation des avantages stipulés au profit de l'époux contre lequel la séparation

sera prononcée (Bruxelles, 25 mars 1813. J. P., 1er. de 1814, pag. 429. — *Cass.*, sect. des req., 10 août 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rennes, du 21 mars 1808. J. P., 2e. de 1809, pag. 417.—*Sirey*, tom. II, 1re.part.,pag.96. —*Denevers*,tom. VII, 1er part., pag.313.—*Id.*,sect. civ., 4 décembre 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Lyon, du 29 mars 1808. J.P., 1er. de 1811, pag. 229.— *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 46.—*Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 25).

Faisons toutefois une remarque sur l'arrêt de Cassation du 10 août 1809, et sur l'arrêt de Rennes du 21 mars 1808. Ces deux arrêts, bien qu'ayant le même résultat, pour la décision de la contestation qui en faisait l'objet, sont cependant opposés comme points de doctrine. La Cour de Rennes s'était décidée par les principes du Code civil; la Cour de cassation, improuvant avec raison les motifs de la Cour royale, n'en a adopté le dispositif que « d'après les principes de l'ancien droit, seuls applicables à la cause ». Nous examinerons plus bas si la Cour de Rennes, en supposant même que les dispositions du Code dussent être appliquées à la cause, avait bien saisi leur esprit.

La Cour de cassation (sect. civ., 13 juillet 1813. J. P., 1er. de 1815, pag. 369. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 115) a cependant rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Pau, du 4 juillet 1811, qui, bien que le mariage fût antérieur au Code, avait déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer, *quant à présent*, sur la demande de la femme tendant à la révocation des donations

faites au contrat de mariage ; « attendu, a dit la Cour de cassation, que le lien du mariage n'étant pas rompu par la séparation de corps, les juges n'ont contrevenu à aucune loi, en déclarant qu'il n'y a lieu, quant à présent, de statuer sur la révocation, demandée par la femme, des donations par elle faites à son mari ». Dans l'espèce, les donations étaient réciproques et faites au profit du survivant, pour le cas de non survenance d'enfans. Elles n'étaient donc pas encore ouvertes ; il était incertain lequel des époux en recueillerait l'effet. Les époux pouvaient se réconcilier ; ils pouvaient avoir des enfans l'un de l'autre. Il semblait donc prudent de ne rien statuer encore sur des droits non ouverts, incertains, qui, ayant été stipulés sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, pouvaient bien être révoqués sur la demande de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps, mais n'étaient pas anéantis, *ipso jure*, par le seul effet de cette séparation ; droits qui, d'ailleurs, pouvaient revivre par la réconciliation, et s'évanouir ensuite par la survenance d'enfans survivans à la dissolution du mariage. La Cour de cassation ne nous semble donc dans cette espèce avoir décidé qu'une chose, c'est que les avantages n'étant pas révoqués de plein droit par le seul effet de la séparation de corps, le juge d'appel avait pu décider, en fait, d'après les circonstances, qu'il n'y avait pas lieu de statuer, *quant à présent*, sur la demande en révocation. C'était dire indirectement qu'elle pourrait être reproduite et admise en tems plus opportun, lorsque

les avantages seraient ouverts par la survie de celui contre qui avait été obtenue la séparation.

499. Voyons maintenant les effets de la séparation de corps, relativement aux avantages qui résultent de mariages contractés sous l'empire du Code civil.

La jurisprudence est unanime : quatre arrêts de Cours royales ont décidé que la séparation de corps, prononcée pour excès, sévices ou injures graves, opérait la révocation des avantages faits à l'époux contre lequel cette séparation avait été obtenue (Caen, 22 avril 1812. J. P., 3e. de 1815, pag. 71.—*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 69.—*Denevers*, tom. XIV, 2e. part., pag. 3. —Angers, 22 mars 1820. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 246. — Colmar, 26 juin 1817. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 325. — Agen, 1er. mai 1821. *Sirey*, tom. XXI, 2e part., pag. 326).On peut encore citer l'arrêt de la Cour de Rennes du 21 mars 1808, relaté plus hant (n°. 498), qui, appliquant à un mariage contracté sous l'ancien droit les dispositions du Code civil, les avait interprêtées dans le même sens que les Cours royales qui viennent d'être nommées. Nous ne connaissons aucun arrêt qui ait été rendu dans le sens contraire ; et la Cour de cassation n'a pas encore eu occasion de prononcer sur cette question.

L'opinion des Cours royales est soutenue par M. Prudhon, tom. Ier., pag. 341, et combattue par MM Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, au mot *séparation de corps*. Toullier, tom. II, n°. 781, et Grenier, tom. Ier., pag. 391.

En faveur de l'opinion des Cours, on dit :

1°. L'art. 307 du Code civil, qui porte que « la demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile » ne doit s'entendre que des formes de la procédure, de l'instruction et du jugement, des mesures provisoires qui peuvent être considérées comme faisant partie de la procédure, mais non des effets mêmes de la séparation, qui ne viennent qu'après le jugement, ni même de ce qui peut former la matière du fonds du jugement, de son dispositif.

2°. En parcourant ensuite les articles 308 et suivans, au chap. *de la Séparation de corps*, on voit bien que quelques effets particuliers y ont été prévus; mais les motifs mêmes qui les ont dictés donnent la conviction qu'à l'égard de toutes les dispositions sur les effets du divorce qui étaient compatibles avec la séparation de corps, et qui n'étaient pas changés ou modifiés par les dispositions expresses sur les effets de cette séparation, le législateur les considérait comme communes à l'un et à l'autre état.

3°. L'art. 1518 conserve à l'époux seul, qui a obtenu *soit le divorce*, *soit la séparation de corps*, ses droits au préciput, en cas de survie. Cet article montre l'esprit général du législateur de ne laisser subsister les avantages matrimoniaux, en cas de séparation de corps, comme en cas de divorce, qu'en faveur de l'époux qui a obtenu, soit l'une soit l'autre. Le législateur a manifesté expressément cette intention dans l'art. 1518, à

l'égard du préciput, parce que, dans les art. 299 et 300 du Code civil, sur les effets du divorce, il avait parlé seulement *des avantages* faits entre époux; et qu'ayant dit dans l'art. 1516 que « le préciput n'est point regardé comme *un avantage* sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage », il fallait alors qu'une disposition formelle vînt statuer sur le préciput : et d'un autre côté, le législateur n'a parlé, dans cet article, que du préciput, parce que le préciput formait seul la matière de la section sous laquelle est placé l'article, et que d'ailleurs il avait été question des avantages dans les art. 299 et 300 : mais s'il a jugé l'époux défendeur indigne de profiter des chances avantageuses d'une convention entre associés, comme est le préciput, à plus forte raison doit-il l'avoir jugé indigne de profiter des dons gratuits, des avantages proprement dits que lui a faits l'autre époux. L'art. 299, qui régit la séparation de corps, comme le divorce, forme exception au droit commun établi par l'art. 959, qui affranchit de la révocabilité pour cause d'ingratitude les donations en faveur de mariage. L'abrogation du titre du divorce n'empêche pas que l'art. 299, qui en fait partie, ne doive subsister, en tant qu'il réglait implicitement un des effets de la séparation de corps.

4°. La rupture du mariage qui a lieu dans le cas du divorce, et non dans celui de la séparation de corps, n'est pas une raison de différence, relativement à la révocation des avantages. Car

autrement la rupture du mariage ayant aussi bien lieu pour l'époux demandeur en divorce que pour l'époux défendeur, la loi n'eut pas conservé au premier ses avantages matrimoniaux, en les ôtant au second. La différence établie à cet égard entre l'un et l'autre ne provient donc que de la différence de leur conduite. Elle a pour unique et vrai motif les causes mêmes du divorce ; or les causes de la séparation de corps étant les mêmes, la loi a dû vouloir y attacher les mêmes effets, surtout lorsqu'elle a considéré ces effets comme la conséquence nécessaire des causes du divorce, et non comme la conséquence de la rupture du mariage par le divorce.

5°. On dit, et ce raisonnement paraît avoir séduit les Cours de Rennes, de Caen, d'Angers et de Colmar, que la séparation est le divorce des catholiques, et que ne pas attribuer à la première, comme au deuxième, l'effet de révoquer les avantages faits à l'époux contre lequel elle est prononcée, c'eût été blesser les catholiques dont la religion, suivant la doctrine de leur église, ne permet pas le divorce, et qui n'eussent pu alors trouver les mêmes avantages que, sans leur croyance, ils eussent trouvés dans le divorce.

6°. Enfin, à défaut de dispositions dans les lois nouvelles, on argumente de l'ancienne jurisprudence, dont les règles ont été retracées dans le numéro précédent.

Nous ne saurions embrasser cette opinion des Cours, et nous allons présenter les raisons qui nous paraissent la combattre.

1°. Nous reconnaissons qu'on ne peut argumenter, pour établir une différence entre le divorce et la séparation, de l'art. 307 du Code civil, et que cet article n'est relatif qu'aux formes. Mais il n'est pas besoin d'un texte positif pour établir, entre le divorce et la séparation de corps, une différence qui résulte de leur nature même. Ce serait, au contraire, pour établir la similitude entr'eux qu'un tel texte serait nécessaire; et il n'existe pas.

Dans cette absence de texte positif, essayons de nous guider d'après les principes généraux et les textes qui touchent indirectement la question.

L'art. 306 du Code civil dit que « dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps ». Cet article ne signifie rien autre chose, sinon que le législateur exigera, pour admettre la séparation de corps, des causes aussi fortes à ses yeux que pour admettre le divorce, mais non pas que les époux auront jugé les causes qui les déterminent à la séparation assez fortes pour les déterminer également au divorce. Car ils sont souvent meilleurs appréciateurs de leurs actions réciproques, que ne peut l'être en thèse générale le législateur, ni même en thèse particulière le juge, auxquels d'innombrables quantités de circonstances atténuantes ou aggravantes doivent nécessairement rester cachées. N'est-il pas possible que dans une faute très-grave l'un des époux puisse voir des motifs particuliers d'excuse, ou un espoir de

changement de conduite ; qu'alors il aime mieux demander la séparation que le divorce? Mais quand même l'un et l'autre pourraient être entièrement comparés sous le rapport des causes, ils ne pourraient l'être sous le rapport des effets ; et les dispositions qui les concernent ont même dû être essentiellement différentes; car le divorce rompait le lien du mariage, que la séparation de corps laisse subsister, et une dissolution sans remède a dû avoir des conséquences plus étendues qu'une séparation qui peut d'un moment à l'autre cesser par une salutaire réunion. L'on ne doit donc pas s'étayer des dispositions du Code relatives au divorce, pour en appliquer les effets à la séparation de corps et de biens.

Ainsi, lorsque le Code, déclarant en règle générale, que « les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude (959) », fait une exception pour le divorce en disant que « l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui aura faits (299) », il n'existe pas de raison de similitude pour étendre cette exception à la séparation. Cette extension serait contraire au principe général, que toute exception est de droit strict ; elle serait aussi contraire au principe, que, en matière de pénalité, tout doit être exprès et formel, et qu'il faut toujours tendre à adoucir plutôt qu'à aggraver les peines, *pœnæ molliendæ potiùs quàm asperandæ.*

2°. Si, dans le chapitre de la séparation de

corps, le législateur garde le silence relativement à plusieurs points sur lesquels il a statué dans le chapitre du divorce, peut-on en déduire la conséquence qu'il réfère à ce qu'il a dit au divorce ? Cette conséquence sera-t-elle reçue, lorsqu'il s'agit de pénalité, et surtout lorsqu'il y a différence entre les deux états ? Ne doit-on pas dire plutôt que, relativement aux points sur lesquels il ne statue rien, il laisse les choses telles qu'elles étaient avant la séparation de corps ?

3°. On s'appuie, et c'est là le raisonnement de M. Prudhon, sur l'art. 1518 qui dit que « l'époux qui a obtenu *soit le divorce*, *soit la séparation de corps*, conserve ses droits au préciput, en cas de survie » : d'où on conclut que l'autre époux ne les conserve pas.

A cet argument M. Toullier répond : « Cette conséquence est vraie dans le cas de divorce; mais elle peut souffrir des difficultés dans le cas de séparation. Et quand on l'accorderait, il ne faudrait pas l'étendre, par similitude, aux donations faites par contrat de mariage, sur la révocation desquelles la loi n'a point prononcé ».

Nous approuvons cette dernière partie du raisonnement de M. Toullier, celle qui consiste à prohiber l'extension de l'art. 1518 ; et elle suffit pour détruire l'argument de M. Prudhon. Mais nous n'adoptons pas la première partie ; et ici, nous croyons que, si M. Prudhon s'est trompé sur le sens de l'art. 1518, lorsqu'il a voulu l'étendre à la révocation des avantages, il l'a bien saisi, lorsqu'il ne l'a appliqué qu'au préciput.

M. Toullier ne donne point les motifs qui lui font penser que « la conséquence (la révocation du préciput contre l'époux défendeur) peut souffrir des difficultés dans le cas de la séparation de corps ». Voici la seule manière dont nous croyons qu'on pourrait élever ces difficultés. Ce serait de dire que l'art. 1518 prononce simplement que, même dans le cas de divorce, l'époux qui l'a obtenu conserve son préciput, comme il le conserve, ainsi que cela ne pouvait former de doute dans le cas de séparation ; qu'il assimile, pour le cas de conservation de préciput, les deux états, de divorce et de la séparation de corps, sans dire qu'il les assimile pour le cas de perte, ni que pour ce dernier cas, il augmente les effets de la séparation.

Mais, bien que cette interprétation soit en faveur de notre avis, pour la non révocation des avantages par le fait de la séparation de corps, nous la rejetons comme une subtilité. Pour le cas de séparation de corps, comme pour celui du divorce, le sort du préciput nous paraît entièrement assimilé, dans la rédaction et dans l'esprit de l'art. 1518. Et cette opinion fut celle des orateurs de la loi, ainsi qu'on peut s'en assurer par la lecture du rapport au tribunat, où il est dit que « le divorce et la séparation de corps doivent seulement en (du préciput) conserver l'exercice en cas de survie, *à l'époux seul* qui a obtenu le divorce et la séparation ».

Prenons donc l'art. 1518 comme régissant le divorce et la séparation de corps, comme enle-

vant aussi à l'époux contre lequel a été prononcée la séparation le droit au préciput ; mais peut-on, *à fortiori*, et même *à simili*, en conclure qu'il lui enlève aussi le droit à tous les avantages que lui aurait faits l'autre époux.

Nous avons dit plus haut que, en matière de pénalité, les argumens *à simili*, et même *à fortiori*, ne sont point admissibles. D'ailleurs, y a-t-il là raison plus forte, ou même similitude ? Le préciput est pris sur la communauté, c'est-à-dire sur le produit d'un labeur commun. Par la séparation, la communauté de labeur n'a plus lieu ; et celui qui, par sa faute, cesse de contribuer au bénéfice de la communauté, cessera d'y prélever un avantage, parce que, dans la convention de préciput, il n'y a pas eu donation, mais convention sociale, qui s'anéantit avec l'association. Mais dans la donation, il y a envie de se dépouiller, indépendamment de l'association, et par conséquent l'existence de la donation est indépendante de celle de la société. Alors la séparation de corps privera du préciput, précisément parce qu'il n'est qu'une convention sociale, et ne privera pas des donations, précisément parce qu'elles sont plus qu'une convention sociale.

Nous venons d'indiquer comment il sera possible au jurisconsulte de concilier l'art. 1518 avec l'esprit qui a guidé les dispositions relatives à la séparation de corps. Nous avons raisonné dans le sens où doit d'abord raisonner le jurisconsulte, c'est-à-dire en ne voyant qu'à la dernière extrémité un manque de concordance parfaite entre

les diverses dispositions de la loi. Mais si, nous élevant plus haut, nous jugeons la loi, nous dirons qu'il n'est pas contre toute vraisemblance que les rédacteurs de l'art. 1518 du Code n'aient eu dans la pensée que la séparation, comme le divorce, faisaient cesser les avantages pour le défendeur : d'autant plus que les rédacteurs de cet article n'étaient pas, selon toute apparence, les mêmes que ceux du titre du divorce et de la séparation (1). Ils auront peut-être oublié l'intention qui avait empêché de reproduire au chapitre de la séparation de corps les dispositions des art. 299 et 300, sur les effets du divorce. Mais qu'en pourrait-on conclure? Non pas que l'art. 1518, qui ne parle que du préciput, ait révoqué aussi les avantages, mais seulement que le législateur y manifeste l'idée de les avoir révoqués ailleurs. Or si, vérifiant toutes ses autres dispositions, on voit que, loin de prononcer cette révocation, il a statué quelquefois dans la supposition contraire, comme dans l'art. 1451, dont nous allons parler; et surtout si, en remontant à l'esprit général du législateur, on voit que de justes raisons ont existé pour établir une différence entre le cas du divorce et celui de la séparation, et pour ne pas prononcer, dans le dernier, une révocation, qu'il devait prononcer dans le premier, on sera certainement bien inadmissible à argumenter d'une distraction partielle contre un esprit géné-

---

(1) Le titre du contrat de mariage a été présenté par M. Berlier, et l'autre par M. Treilhard.

ral, et à dire que, parce que le législateur a manifesté la croyance d'avoir fait une chose, il faut regarder cette croyance comme égale à la réalité:

L'art. 1451 permet aux époux séparés de rétablir leur communauté, pourvu que ce soit sous les mêmes conditions qui la réglaient antérieurement; sans que cet article, ni aucun autre, s'expliquent sur le sort des avantages matrimoniaux dans le même cas. Or si la séparation de corps entraînait, contre l'époux défendeur, la révocation des avantages, n'y aurait-il pas ici lacune évidente dans les dispositions de la loi, qui permettraient de rétablir des conditions du mariage, celles qui seraient conventions de communauté, comme le préciput et autres, et qui ne permettraient pas de rétablir d'autres conditions, celles qui, ainsi que les avantages, ne sont point conventions de communauté? Car, une fois éteints contre le défendeur, en vertu de l'application de l'art. 299, les avantages ne pourraient, sans une disposition expresse, qui n'existe pas dans la loi, revivre avec le même caractère d'irrévocabilité qu'ils tenaient des conventions matrimoniales. Or si le législateur n'a cru devoir rien dire, dans ce cas, sur les avantages matrimoniaux, qui ne sont point conventions de la communauté, comme il s'est exprimé sur les conventions de la communauté et sur le préciput qui en fait partie, n'est-on pas en droit de penser que c'est parce qu'il ne les a point regardés comme éteints contre le défendeur par la séparation de corps.

De plus, comme l'époux demandeur avait la

faculté d'opter entre le divorce et la séparation (du moins suivant l'état de la législation fixé alors par le Code) et pouvait faire cesser, par son option, les avantages matrimoniaux par lui faits, le législateur a pu ne pas s'occuper de révoquer lui-même ces avantages pour le second état, comme pour le premier.

4°. Au principe que le divorce détruit le mariage qui subsiste après la séparation, répondre que dans le divorce la rupture du mariage n'est pas la cause de la perte des avantages, puisque l'autre époux les conserve, c'est ne prendre que la moitié d'un raisonnement. Car ce n'est pas la rupture seule, mais la rupture accompagnée de torts, qui est la cause de la révocation des avantages.

5°. L'objection que la séparation de corps est le divorce des catholiques ne nous paraît d'aucun poids. Le législateur, lorsqu'il a donné le Code civil, ne s'est occupé que des droits et des moyens civils, et non des croyances religieuses. Se bornant alors à se montrer protecteur de toutes les religions, sans en prescrire exclusivement aucune, il a établi un lien soluble, a attaché tels effets à sa solution, laissant à chacun la faculté de croire ou de ne pas croire à la dissolubilité de ce lien, en matière de religion, mais ne permettant de réclamer les effets de la solution qu'autant que la solution aurait eu lieu. Autrement, il faudrait dire aussi que le législateur a été opposé à la religion catholique, quand il a permis le divorce; tandis que dans le fait il ne lui a été ni

contraire ni favorable, mais ne s'en est point occupé, distinguant seulement le lien civil du lien religieux, accordant les effets civils au lien, du moment qu'il avait été contracté civilement, ne les lui enlevant que lorsqu'il avait été dissous civilement.

6°. Enfin on ne peut argumenter de l'ancienne jurisprudence, pour en appliquer les dispositions à la séparation de corps du nouveau droit. Sous la législation antérieure, il n'y avait point de divorce, mais seulement une séparation de corps; il fallait donc accorder à celle-ci des effets plus étendus, puisqu'elle seule pouvait être demandée; aussi était-elle considérée comme une espèce de divorce, *quasi divortium*. Lorsqu'au contraire on accorde le droit de demander ou le divorce ou la séparation, on doit leur attribuer des effets différens, et l'époux demandeur, ne peut s'en plaindre, puisqu'il a le droit d'intenter l'une ou l'autre action et pour les mêmes causes. C'est aussi ce qu'a fait le Code.

Mais si dans l'ancien droit la séparation de corps, n'avait des effets plus étendus que parce qu'elle était seule admise; si ses effets ont été restreints dans le nouveau droit parce qu'un nouveau moyen plus fort, le divorce, a été admis, il suit que, lorsqu'on a supprimé le divorce, pour laisser la séparation seule, l'abolition du divorce, en ôtant l'option, a changé l'état des choses quant à la séparation de corps, et a placé l'époux contraint de la demander dans une situation bien plus désavantageuse qu'il n'était avant cette abo-

lition, et même qu'il n'était sous l'ancien droit; qu'on aurait dû au moins rétablir la séparation telle qu'elle était autrefois. Mais souvent, dans un esprit trop ardent de réforme, on est frappé de quelques inconvéniens, sans voir les avantages qui les rachètent; on ne délibère pas les lois, on les vote d'enthousiasme. C'est ainsi qu'on a supprimé le divorce, en laissant la séparation de corps, croyant voir, avec la simple séparation, le même état de choses qu'autrefois parce qu'on voyait le même nom.

Toutefois, bien que nous pensions que la décision du Code, bonne dans son entier, soit devenue vicieuse lorsqu'elle a été tronquée et restreinte à la séparation, après la suppression du divorce, cette décision tronquée, n'en restant pas moins formelle, doit servir de règle au jurisconsulte, comme au juge, qui peuvent blamer la loi, mais qui doivent s'y soumettre; sauf aux jurisconsultes, qui se regardent comme les conservateurs de l'équité et de la société, qui sentent la sainteté de leur mission à s'élever contre le vice des lois, ou contre l'effet des circonstances nouvelles qui les rendent incomplètes et nuisibles, à indiquer au législateur et à appeler de tous leurs vœux les réformes et les perfectionnemens dont la nécessité se fait sentir.

D'après tous ces motifs, nous pensons que non seulement l'on ne peut pas dire que, depuis le Code, la séparation révoque les avantages faits à celui des époux contre lequel elle est prononcée, mais on doit même dire que les époux ne peu-

vent pas plus après la séparation qu'auparavant révoquer ces avantages.

500. La séparation de biens produite par la séparation de corps, suivant l'art. 311 du Code civil, doit avoir les mêmes effets que la simple séparation de biens prononcée en justice ; puisque le Code n'a mis aucune différence entre elles. Or, aux termes de l'art. 1445, le jugement qui prononce la simple séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Le jugement de séparation de corps a donc aussi, quant à la séparation de biens, un effet qui remonte au jour de la demande en séparation de corps, lors même que celle-ci n'aurait pas contenu expressément la demande en séparation de biens, parce qu'elle est réputée la comprendre virtuellement ; d'où il suit, qu'il doit être fait compte à la femme des fruits de ses propres, à partir du jour de cette demande. En vain les époux seraient-ils convenus par leur contrat de mariage que, en cas de séparation de corps, leurs revenus demeureraient communs. Cette clause serait nulle comme contradictoire avec l'effet de la séparation de corps, effet qui est, comme le mariage, plus de droit public que de droit privé, parce que le mariage et la séparation de corps concernent plus les mœurs publiques que les mœurs privées (Bruxelles, 28 mars 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 362. — *Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 103).

TITRE SEPTIÈME.

De la paternité et de la filiation.

De la filiation des enfants légitimes d'origine ou conçus dans le mariage. — Des preuves de la filiation des enfans légitimes. — Des enfans naturels.

501. Ce titre du Code traite non-seulement de la paternité, mais aussi de la maternité.

Sous les mots de paternité et de maternité, comme sous celui de filiation, est exprimé le rapport des père et mère à leurs enfans, comme auteurs de leur naissance. Seulement dans les premiers mots on considère principalement la personne des père et mère, comme dans celui de filiation on considère principalement la personne des enfans.

La filiation est ou légitime ou illégitime. La filiation légitime est ou d'origine ou acquise. Elle est d'origine à l'égard des enfans conçus dans le mariage ; elle est acquise à l'égard des enfans légitimés par mariage subséquent.

CHAPITRE PREMIER.

De la filiation des enfans légitimes d'origine ou conçus dans le mariage.

romain et par l'ancien droit français à la présomption légale de paternité.

504. *Le Code civil admet en outre la preuve de l'impossibilité morale dans le cas de désaveu pour cause d'adultère, si la naissance de l'enfant a été cachée au mari.*

505. *Pour que l'éloignement soit admis comme preuve d'impossibilité physique, il faut qu'il s'y joigne aussi la preuve de sa non interruption.*

506. *La femme doit-elle être toujours admise à prouver que le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, en cas de naissance avant le cent quatre-vingtième jour ?*

507. *Suffit-il que la légitimité de l'enfant né trois cents jours, ou plus, après la dissolution du mariage, soit contestée par les héritiers, pour qu'il doive toujours être déclaré illégitime ?*

508. *La séparation de corps ne détruit pas la présomption légale de paternité : mais elle l'affaiblit.*

509. *Sous le droit intermédiaire, les enfans conçus après la séparation de corps, et nés d'un père autre que le mari, n'étaient pas mis au rang des enfans adultérins.*

510. *Le Code civil qui fixe des délais pour désavouer ou contester la légitimité est introductif d'un droit nouveau.*

511. *Le délai de deux mois, accordé au mari pour désavouer l'enfant dont la naissance lui a été cachée, court du jour seulement où il a eu la preuve positive de la fraude.*

512. *La notification faite au nom de l'enfant aux héritiers, de la prétention à l'hérédité est, en droit, un véritable trouble, qui fait courir le délai de deux mois contre les héritiers.*

513. *La prescription du délai de deux mois est aussi applicable au cas où l'enfant est né trois cents jours après la dissolution du mariage.*

514. *Les héritiers, pour former leur demande en contestation, comme le mari pour former sa demande en désaveu, peuvent ne pas attendre l'époque où le délai commence à courir.*

515. *La prescription d'un mois, à partir du désaveu extrajudiciaire, pour en former la demande en justice, est interrompue par la citation en conciliation suivie d'une assignation.*

502. A ne consulter que la nature de l'enfantement, la mère est toujours certaine, le père est toujours incertain. Mais, pour faire cesser, à l'égard du père en état de mariage, une incertitude, qui aurait toujours mis les droits de ses enfans en question, la loi a établi une présomption qui leur tient lieu de preuve, quant à la légitimité, et qui, comme preuve, ne peut être détruite que par des preuves plus fortes, dont la loi a pris soin encore de circonscrire la nature et le nombre.

Ainsi l'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari (art. 312 du C. C.): *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, disaient aussi les lois romaines.

503. Les lois romaines (*Voyez* notamment la loi 6 ff. *de his qui sui vel alieni juris sunt*) n'admettaient d'autre exception à cette règle générale que celle qui résulte de l'impossibilité physique de la cohabitation au tems de la conception, soit par l'absence, soit par l'impuissance naturelle du mari, continuelle ou passagère (1), ainsi que la Cour de cassation l'a jugé entr'étrangers qui étaient régis par ces lois (Sect. des req., 4 septembre 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Douai, du 28 novembre 1806. J. P.,

---

(1) Si fingamus abfuisse maritum, verbi gratiâ, per decennium, reversum anniculum invenisse in domo suâ..... Si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel aliâ causâ; vel si eâ valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit : hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. L. 6, ff, *de hi qui sui vel alien. jur. sunt.*

1er de 1812, pag. 403. — *Sirey*, tom. XII, 1re part., pag. 157. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 96).

L'impossibilité physique était également la seule exception qu'admit, sauf le cas de séparation de corps, dont nous parlerons plus bas (508), l'ancienne jurisprudence française, au rapport de M. d'Aguesseau, dont les auteurs du *nouveau Denisart* partageaient l'opinion (*Voyez* au mot *Questions d'Etat*).

504. Le Code civil admet, en outre, implicitement, la preuve de l'impossibilité morale, lorsque la naissance de l'enfant ayant été cachée au père, celui-ci désavoue l'enfant pour cause d'adultère. Il n'est pas même nécessaire que l'adultère soit préalablement jugé. Il suffit que, aux termes de l'art. 313 du Code civil, le père désavoue l'enfant pour cause d'adultère, et qu'il prouve que la naissance de l'enfant lui a été cachée, pour *qu'il soit admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père*, expressions littérales de l'art. 313, dont le sens large, comparé au sens restreint du second paragraphe de l'art. 312, justifie notre opinion pour l'admission de la preuve de l'impossibilité morale. Mais nous pensons aussi, avec M. Toullier, que c'est dans ce cas seulement que ce genre de preuve est admis contre la maxime *pater is est*, etc. (*Cass.*, sect. civ., 8 juillet 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom des 20 mars et 26 août 1811, rendu contre les conclusions de M. Merlin. *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 377. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 368).

505. Au nombre des causes d'impossibilité physique, l'éloignement est certainement une des plus fortes que le mari puisse opposer. Néanmoins si la distance est telle qu'on puisse la franchir pendant le tems présumé de la conception, il faut que, à la preuve de l'éloignement, se joigne aussi celle de sa non interruption. Ainsi, comme on peut franchir facilement la distance de Bordeaux à Paris, qui est de cent soixante lieues, si le mari ne prouve pas d'ailleurs qu'il n'y a jamais eu ou pu y avoir rapprochement entre lui et sa femme, l'éloignement, malgré cette distance qui les séparait, au tems présumé de la conception, ne sera pas réputé, en ce cas, faire preuve suffisante de l'impossibilité physique de co-habitation (Paris, 9 août 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 419.—*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 310). Toutefois, dans la même cause, la présomption légale de paternité a été déclarée sans fondement par un autre arrêt de la même Cour (2 janvier 1815. J. P., 1er. de 1815, pag. 387. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 206), parce que la mère, n'ayant présenté l'enfant à l'état civil que long-tems après sa naissance, n'apportait pas preuve suffisante que la naissance ait eu lieu à une époque telle que la conception eut pu coïncider avec le tems où le rapprochement avait été possible.

506. « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, ne peut être désavoué par le mari, 1°. s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2°. s'il a assisté à l'acte de

naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3°. si l'enfant n'est pas déclaré viable » (art. 314 du C. C.). La femme qui accouche avant le cent quatre-vingtième jour du mariage doit-elle être toujours admise à faire la preuve contre son mari qu'il avait eu connaissance de la grossesse avant le mariage? Les juges peuvent-ils, suivant les circonstances, lui refuser de faire cette preuve, et se borner à déférer, soit d'office, soit sur la demande du mari le serment à ce dernier sur l'ignorance où il aurait été de la grossesse? La loi a bien accordé l'exception à la femme; mais elle n'a pas déterminé de quelle manière la preuve en serait faite. Alors, il faut recourir à l'esprit général de la loi sur les règles en matière de filiation. D'abord les lois romaines disent (*Leg.* 2, *C. de Testibus*) (1) : « Si on te conteste ton ingénuité, défends ta cause par des titres et des argumens : car des témoins seuls ne suffisent pas pour la preuve d'ingénuité ». Les lois romaines défendaient donc la preuve par témoins de la filiation. C'est dans le même esprit que l'art. 340 du Code interdit la recherche de la paternité; l'art. 341 qui admet la recherche de la maternité, ne reçoit l'enfant à en faire la preuve par témoins que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit. Ces deux dispositions ne concernent, il est

(1) Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis, quibus potes : soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.

vrai, que l'enfant naturel; mais elles servent à montrer l'esprit de la loi dans la question qui nous occupe. Enfin, à l'égard des enfans légitimes, nous n'avons qu'une disposition qui détermine le genre de preuves à fournir à l'appui de leur légitimité, lorsqu'ils n'ont ni titre ni possession constante, ou qu'ils ont été inscrits avec de fausses indications: c'est l'art. 323, qui permet alors de prouver la filiation par témoins, « lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès-lors constans, sont assez graves pour déterminer l'admission de cette preuve ». Nous ne voyons nulle part d'autres dispositions sur la manière de faire la preuve en faveur de la filiation, à défaut de titre et de possession, ou pour détruire un titre ou une possession contraires à la prétention de filiation. Que conclure de ces dispositions combinées des lois, dans le silence de l'art. 314 sur le mode de la preuve? C'est que les exceptions fournies soit à la femme, soit à l'enfant par cet article tendant à établir la légitimité de la filiation, la preuve de ces exceptions ne peut être faite par témoins que s'il y a commencement de preuve par écrit, ou des indices tels qu'ils sont caractérisés par l'art. 323. La Cour de Besançon a donc bien jugé en refusant d'admettre la femme à la preuve testimoniale, et en déférant seulement au mari le serment qu'il n'avait point eu connaissance de la grossesse avant le mariage, dans une espèce où la femme n'apportait aucun commencement de preuve par écrit que le mari eut eu

cette connaissance ; et où les indices les plus formels, les présomptions les plus graves, loin d'être favorables à l'enfant, établissaient qu'il n'était pas né du mari qui le désavouait (29 prairial an XIII. J. P., 3e. de 1806, pag. 145. — *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 331. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 76).

507. « La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée » ; dit l'art. 315 du Code civil.

Il s'est élevé sur cet article une question très-importante : celle de savoir si l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est nécessairement illégitime, aux yeux de la loi ; et s'il suffit aux héritiers de constater sa légitimité, pour que le juge doive le déclarer tel.

M. le conseiller d'état, Bigot-Préameneu, en présentant la loi au corps législatif, a dit : « les naissances avancées ou tardives ont été la matière de procès célèbres..... La jurisprudence n'avait aucune uniformité, par le motif même qu'elle ne pouvait qu'être arbitraire..... Il fallait sortir d'un pareil état : ce n'était point une vérité absolue que les rédacteurs de la loi avaient à découvrir ; il leur suffisait de donner aux juges une règle qui fixât leur incertitude..... Ce sont les motifs qui ont déterminé à fixer le terme des naissances avancées à cent quatre vingts jours, et celui des naissances tardives à trois cents jours. *Il n'en résulte pas que l'enfant qui serait né avant les cent quatre vingts jours, ou depuis les trois cents jours, doive être, par cela même, déclaré non légi-*

time ». Il faudra, selon M. Bigot-Préameneu, que la présomption résultant d'une naissance trop avancée ou trop tardive se trouve confirmée, en cas d'existence du mari, par son désaveu. Cependant il ajoute : « la loi... se met en garde contre les passions qui pourraient l'aveugler ; elle n'admet point le désaveu qui ne serait point d'accord avec sa conduite antérieure ». Passant ensuite au cas de la naissance postérieure à la mort du mari, « enfin, dit-il, la naissance tardive peut être opposée à l'enfant, s'il nait trois cents jours après la dissolution du mariage. *Néanmoins la présomption qui en résulte ne sera décisive contre lui, qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances* ».

Nous lisons dans la conférence du Code civil les observations suivantes du tribunat, sur l'art. 315 tel qu'il est rédigé. « De la manière dont cet article est rédigé, il semblerait que si la légitimité de l'enfant, né douze mois, par exemple, après la dissolution du mariage, n'était point contestée, il devrait être regardé comme légitime : ce ne peut être l'intention de la loi. On a pensé que l'article devait être conçu dans des termes plus précis et plus positifs, et que, au lieu de laisser la faculté de contester ou de ne pas contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, quelque laps de tems qui se fut écoulé depuis, il fallait, en ajoutant un jour de plus à ce terme, fixer l'époque fatale d'une fin de non recevoir insurmontable. — La section adopte une nouvelle rédaction ainsi con-

que : la loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né trois cent un jour après la dissolution du mariage ». Malgré ces observations, et la nouvelle rédaction proposée par la section du tribunat, l'article fut laissé tel que nous le voyons aujourd'hui dans le Code.

Il semble résulter de ces citations que, soit qu'il y ait désaveu de l'enfant par le mari, ou contestation de la légitimité de l'enfant par les héritiers, le terme fixé par la loi pour les naissances avancées ou pour les naissances tardives n'est, selon l'intention des rédacteurs du Code, qu'une présomption qui doit servir de règle commune aux juges, mais qui peut être détruite par une présomption plus forte, dont l'appréciation est laissée à la sagesse des tribunaux. C'est, dira-t-on, ramener l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, arbitraire que précisément le législateur a voulu prévenir. Non, sans doute. L'arbitraire que le législateur a voulu prévenir n'est pas le jugement et l'appréciation libre des faits pertinens qui, dans le cercle des preuves permises par la loi, peuvent déterminer aux yeux du juge la légitimité où l'illégitimité de l'enfant ; mais seulement cet arbitraire qui résultait de la variabilité des opinions soit des médecins où physiologistes, soit des juges mêmes sur la possibilité des écarts de la nature au de-là ou en deçà de sa mesure ordinaire et commune. Les tribunaux devront se montrer très-difficiles dans l'admission des présomptions opposées à celle qu'indique la loi ; mais cette pésomption ne sera pas un obstacle invin-

cible à l'évidence quand celle-ci lui sera toute contraire, et l'excès d'une minute, d'une heure, d'un jour sur le terme fixé par la loi comme présomption ne les forcera pas à prononcer l'illégitimité, contre les lumières d'une conviction fondée sur des faits graves et pernitens. Voilà tout ce que nous paraît avoir voulu la loi.

On oppose à cette volonté de la loi, ainsi établie sur les circonstances de sa présentation et de sa discussion, les art. 228 et 296 du Code civil, qui ne permettent à la femme veuve ou divorcée de se remarier qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent; et l'art. 312, qui permet le désaveu de l'enfant par le mari, s'il y a preuve que, pendant le tems qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, le mari était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Et l'on en conclut que les termes fixés par la loi, quand ils sont dépassés, sont des preuves invincibles de l'illégitimité de l'enfant attribué au mari. Ces objections sont fortes; mais elles ne sont pas décisives.

A l'égard des art. 228 et 296 : par la même raison que la loi faisait cesser la présomption de paternité au terme de trois cents jours après la dissolution du mariage, elle devait autoriser les femmes veuves ou divorcées à se remarier après ce délai; et il est remarquable d'ailleurs qu'elle a étendu ce terme de quelques jours pour les secondes noces, en le fixant à dix

mois révolus au lieu de trois cents jours seulement. Mais de ce qu'elle a voulu être conséquente avec elle-même dans les termes qu'elle a fixés tant pour la présomption légale de non confusion de part, que pour celle d'illégitimité, il ne s'ensuit pas que, dans l'un et l'autre cas même, elle n'ait pas admis la faculté d'opposer des présomptions plus fortes en faveur de l'enfant, qui pourrait, ou pour lequel on pourrait, établir qu'il appartient au lit précédent.

Quant à l'art. 312: on conçoit que, considérant le désaveu du mari comme une *présomption plus forte encore pour quiconque observe le cœur humain* (expressions de M. Bigot-Préameneu; *voyez* l'*Exposé des motifs de la loi*) *que la présomption résultant d'une naissance trop avancée ou trop tardive*, la loi ait voulu que l'impossibilité prouvée de la cohabitation depuis le trois-centième jour jusqu'au cent-quatre-vingtième avant la naissance, fut suffisante pour donner au désaveu la force d'un argument invincible aux yeux des juges. Mais comme le désaveu ou la contestation des héritiers ne peuvent évidemment être réputés une présomption aussi forte, on ne saurait rien conclure de l'art. 312, pour l'interprétation de l'art. 315, et surtout pour donner à ce dernier article un sens contraire à son expression littérale et aux intentions que l'exposé des motifs de la loi, et le rejet de la rédaction proposée par la section du tribunat, nous ont fait connaître.

Nous ne tirerons aucun argument de la diffé-

rence de sens qu'on peut attacher aux mots *contester* et *désavouer*. Le législateur, en appliquant le premier aux héritiers et le second au mari, ne nous paraît pas avoir voulu donner une moindre force à l'un qu'à l'autre. C'est ce dont on peut se convaincre par la lecture de l'art. 318, où le législateur ne se sert plus que du mot *désaveu*, pour exprimer l'action des héritiers comme celle du mari.

Toute la question se réduit donc à l'interprétation isolée de l'art. 315, où l'on ne voit, selon nous, qu'une faculté accordée aux héritiers de contester la légitimité de l'enfant, et non l'obligation pour le juge de prononcer toujours l'illégitimité de l'enfant sur la simple contestation de l'héritier.

Cependant les Cours de Grenoble et d'Aix se sont appuyées sur les objections mêmes que nous avons combattues, et qu'on tire des art. 228, 296 et 312 du Code civil, pour juger que l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage ne pouvait pas seulement, mais devait toujours, être réputé illégitime, sur la simple contestation de légitimité élevée par les héritiers. Il est vrai qu'elles se sont aussi fondées, l'une sur la mauvaise conduite de la femme, et toutes les deux sur le défaut de preuves concluantes apportées en faveur de l'enfant (Grenoble, 12 avril 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 56. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 288. — *Denevers*, tom. VII, 2e. part., pag. 121. — Aix, 8 janvier 1812. J. P., 2e. de 1812, pag. 216. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 214).

Dans les deux espèces, l'enfant était né trois cent treize jours après la dissolution du mariage.

La même Cour d'Aix avait décidé par un premier arrêt, rendu sur la simple demande en provision alimentaire formée pour le même enfant, que l'art. 315 devait être entendu dans ce sens que l'enfant pouvait, mais ne devait pas toujours, être déclaré illégitime, par cela seul qu'il était né trois cents jours après la dissolution du mariage (Aix, 6 avril 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 643).

508. La séparation de corps ne dissolvant pas le mariage, ne donne pas, par elle-même, le caractère d'illégitimité aux enfans conçus par la femme depuis la séparation. Il y a plus, comme le rapprochement entre les époux séparés n'est pas interdit, la présomption légale de paternité subsiste en faveur de ces enfans : mais non toutefois avec la même force que s'ils étaient conçus avant la séparation. En deux mots, la séparation de corps ne détruit pas la présomption légale de paternité, mais elle l'affaiblit. Aussi quelquefois nos anciens Parlemens s'écartaient-ils sagement de la règle *pater is est*, etc., quand à la circonstance de la séparation de corps se joignait un concours de faits suffisans pour former une très-forte preuve d'impossibilité morale de rapprochement entre les époux.

C'est ce que nous atteste un des motifs d'un arrêt de la Cour de cassation (sect. des req., 9 novembre 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers, du 29 juillet 1808. *Sirey*,

tom. X, 1re. part., pag. 77.—*Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 489), rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, dans une espèce où l'enfant avait été conçu après la séparation de corps « Attendu, y est-il dit, qu'en rejetant l'acte reçu par un Notaire, le 15 mars 1806, par lequel C. B., mère de ladite J. déclare qu'elle est fille de J. B., par la raison qu'elle est née constant le mariage avec celui-ci, la Cour n'a pu contrevenir à la maxime *is pater est*, etc., dont la jurisprudence des anciens tribunaux avait toujours fort sagement subordonné l'application à la nature des faits et des circonstances caractéristiques des différentes espèces qui se présentaient à juger ». Et la Cour de Rouen a jugé de la même manière, avec beaucoup de raison, dans une espèce régie par le Code civil (Rouen, 28 décembre 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 85). La séparation de corps avait été prononcée le 13 avril 1812, pour cause de mauvais traitemens de la femme envers le mari. La femme accoucha plus d'un an après, et le mari s'empressa de désavouer l'enfant. Il articula ensuite, devant les juges, des faits tendant à prouver que la cause d'inimitié qui avait amené la séparation de corps n'avait pas cessé d'exister entre eux. La Cour réforma le jugement de première instance qui avait déclaré l'enfant légitime, et, avant faire droit, appointa les parties pour faire la preuve des faits allégués.

509. Sous le droit intermédiaire l'enfant conçu après la séparation de corps, et né d'un père

autre que le mari, n'était pas mis au rang des enfans adultérins, mais seulement au rang des enfans naturels simples, quant aux droits de successibilité (art. 14 de la loi du 12 brumaire an II). De-là il suit que, après le divorce des époux séparés, les père et mère naturels de l'enfant ont pu le légitimer par mariage subséquent (Poitiers, 29 juillet 1818. J. P., 3e. de 1809, pag. 303. — *Sirey,* tom. VIII, 2e. part., pag. 311). Le pourv. contre cet arrêt a été rejeté, mais sous d'autres points de vue, par l'arrêt précité (no. 508) de la Cour de cassation du 9 novembre 1809.

510. Avant le Code civil, la législation ne fixait aucun délai pendant lequel le mari fut tenu de désavouer l'enfant né de sa femme. Il était toujours reçu à former ce désaveu, tant qu'il ne résultait pas de sa conduite qu'il se fut reconnu directement père de l'enfant. Le Code civil, qui fixe des délais pour désavouer ou contester la légitimité(1), est introductif, à cet égard, d'un droit nouveau, et l'on ne pourrait pas, sans effet rétroactif, l'appliquer à une demande en désaveu formée avant sa publication (Toulouse, 28 juillet 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 154. — *Sirey,* tom. VIII, 2e. part. pag. 317).

---

(1) « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ;

« Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent ;

« Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant » (art. 316 C. C.).

511. Le délai de deux mois que l'art. 316 du Code accorde au mari pour désavouer l'enfant, si la naissance lui en a été cachée, ne court pas du jour où il a pu soupçonner la fraude; mais seulement du jour où il en a eu la preuve positive. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 316: car un simple soupçon met sur la voie de la découverte, mais ne la constitue pas; c'est la preuve même qui fait la découverte (Angers, 18 juin 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 901).

512. Pareillement, pour faire courir le délai de deux mois que l'art. 317 (1) accorde aux héritiers du mari pour contester la légitimité de l'enfant, il ne suffit pas qu'ils aient eu un simple soupçon, ou même une véritable connaissance de la prétention de l'enfant. Il faut ou que celui-ci se soit mis en possession des biens du mari, ou que les héritiers aient été troublés par lui dans cette possession (art. 317 du C. C.); et l'on n'entend pas, en droit, par trouble, une simple inquiétude d'esprit, causée par la seule crainte d'une demande non encore formée, ni directement annoncée. Mais d'un autre côté, pour qu'il y ait véritable trouble, en droit, il n'est pas nécessaire que la demande ait été formée en justice, contre les héritiers: il suffit que l'enfant,

---

(1) « Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession » (art. 317 C. C.).

soit par lui-même, soit par son tuteur, *leur ait notifié dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire*, ses prétentions à la légitimité, et par conséquent à sa part héréditaire dans les biens de la succession; alors il y a trouble dans le sens de l'art. 317 du Code. Il faut donc bien distinguer entre la connaissance acquise indirectement par les héritiers de la prétention de l'enfant, et celle qu'il leur donne directement; la seconde seule forme trouble dans la possession, et fait courir le délai pour l'action en contestation de la légitimité. La Cour de Rouen avait jugé que, dans ce second cas même, il n'y avait pas encore trouble, parce que, dans l'espèce, la mère tutrice de l'enfant, en élevant pour lui la prétention dans un compte qu'elle rendait à ses autres enfans, les avait néanmoins, attendu leur refus et protestation contraires, laissés en possession provisoire de la totalité de la succession, à titre de transaction, sauf des réserves de part et d'autre (2 mai 1815. J. P., 2e. de 1816, pag. 115. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 364). Mais cet arrêt a été cassé, avec raison (*Cass.*, sect. civ., 21 mai 1817. *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 251).

513. L'art. 317 est-il également applicable non seulement au cas où les héritiers contestent la légitimité de l'enfant né avant le cent-quatre-vingtième jour du mariage, mais aussi au cas où ils contestent la légitimité de l'enfant né trois cents jours, ou plus de trois cents jours après la dissolution du mariage; et en conséquence les héritiers n'ont-ils aussi dans ce cas, pour con-

tester la légitimité de l'enfant qu'un délai de deux mois à compter de l'époque où cet enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers ont été troublés par l'enfant dans cette possession? La Cour d'Agen a décidé la question pour l'affirmative (28 mai 1821. *Sirey*, tom. XXII, 2e. part., pag. 318); « Attendu que cet article combiné avec l'art. 315, porte à décider que le droit de contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, appartient aux héritiers du mari, comme il appartenait au mari dans le cas où l'enfant, né plus de trois cents jours après le divorce prononcé, aurait reçu, dans son acte de naissance la qualité d'enfant légitime; — qu'il suit invinciblement de l'art. 317 que l'esprit dans lequel il fut rédigé ne diffère pas de celui qui inspira l'art. 316, puisque le délai accordé au mari pour réclamer est de rigueur, et que celui qui l'est aux héritiers a le même caractère ». Nous ajouterons que la raison qui a fait borner les délais prescrits par les art. 317 et 318, étant *que l'état de l'enfant ne restât pas incertain* (*Exposé des motifs de la loi*), et ce motif étant aussi applicable à l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, et inscrit comme né du mariage, qu'à l'enfant né dans le mariage ou avant les trois cents jours de la dissolution du mariage, il y a lieu de décider de la même manière quant aux délais pour contester la légitimité de l'un ou de l'autre, en vertu de la maxime *ubi eadem ratio, ibi idem jus dicendum;*

que d'ailleurs l'art. 318 prouve évidemment que tel est l'esprit de la loi ; car il s'applique à tous les cas ou l'état de l'enfant a été désavoué, soit par le mari, soit par les héritiers ; et le mot *désaveu*, employé dans cet article, comprend la contestation de légitimité par les héritiers.

514. La loi, en ne faisant courir le délai contre les héritiers qu'à partir du jour de la prise de possession par l'enfant, ou du trouble à eux fait dans leur possession, a voulu favoriser les héritiers, et non leur nuire. Ils peuvent donc ne pas attendre ce commencement de délai, et former leur action en contestation de légitimité, aussitôt qu'ils ont connaissance de l'existence de l'enfant et de l'illégitimité de sa naissance.

Il faut dire la même chose du mari, quant au délai d'un mois que la loi ne fait courir que du jour de la naissance de l'enfant, si le mari se trouve alors sur les lieux ; et quant au délai de deux mois que la loi ne fait courir que du jour de son retour, si, lors de la naissance, il est absent. Toutes ces époques de commencement de délai n'ayant été fixées qu'en faveur du mari, il est clair qu'il peut les prévenir et faire son désaveu pendant la grossesse même de sa femme. Tel sera surtout le cas où un mari découvrant que sa femme est enceinte d'un enfant conçu avant le mariage, fera son désaveu dans la crainte d'être prévenu par la mort avant la naissance de cet enfant.

Ces deux questions ont été ainsi jugées par la Cour de Liège (12 fructidor an XIII. J. P., 3ᵉ.

de 1806, pag. 233.—*Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 24. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 77. Et la Cour de cassation, sect. des req., a rejeté le pourvoi contre cet arrêt le 25 août 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 952.— *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 627).

515. L'art. 318 du Code, porte : « tout acte extrajudiciaire contenant désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, *dans le délai d'un mois*, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère ». cette prescription d'un mois est interrompue par la citation en conciliation, faite avant l'expiration du mois, lorsqu'elle est suivie d'une assignation donnée dans les délais de droit, aux termes de l'art. 2245 du Code civil. La raison en est que, dans toute disposition de la loi qui fixe un délai de prescription, il faut toujours sous-entendre ces mots *sauf les moyens légaux d'interrompre cette prescription*. Ainsi une déclaration en désaveu avait été faite, par acte extrajudiciaire, le 22 mai 1806. Sur la citation en conciliation, donnée le 13 juin, était intervenu, le 21, un procès-verbal de non conciliation ; et le 23 assignation au tribunal. L'action en désaveu fut déclarée non prescrite (arrêt de Cassation cité n°. 508).

CHAPITRE II.

Des preuves de la filiation des enfans légitimes.

516. *Principes sur les preuves ou les présomptions de légitimité personnelles aux enfans.*

517. *Si les père et mère, ou l'un d'eux, sont vivans, l'enfant, même lorsqu'il a la possession d'état conforme à son titre de naissance, doit représenter l'acte de célébration de leur mariage.*

518. *Si les père et mère sont tous deux décédés, il peut y suppléer par la preuve de leur possession d'état d'époux légitimes.*

519. Quid *dans l'ancienne jurisprudence ?*

520. *En cas d'absence déclarée des père et mère, l'enfant n'est aussi tenu que de prouver qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme ; à moins qu'il ne puisse pas alléguer l'ignorance du lieu de leur mariage.*

521. *La réunion des quatre principaux faits reconnus par l'art.* 321 *du Code civil comme caractéristiques de la possession d'état n'est pas rigoureusement requise.*

522. *Les Cours peuvent même se contenter d'actes étrangers à la personne de l'enfant.*

523. *La possession d'état d'époux fondée seulement sur un mariage religieux, quand le mariage civil est requis, n'est pas une possession suffisante.*

524. *Des cas où la déclaration de la mère est, ou non, suffisante pour établir la présomption légale de paternité.*

516. Nous venons de considérer la légitimité des enfans sous le rapport de la présomption légale de paternité. Examinons maintenant cette légitimité dans la filiation même, et dans les preuves ou les présomptions personnelles aux enfans.

Le Code civil, après avoir supposé dans le chapitre Ier. du titre *de la Paternité et de la Filiation*, l'état de mariage constant entre les père et mère, part de la même supposition pour statuer, dans le chapitre II, sur les preuves de la filiation des enfans légitimes. D'ailleurs, il avait réglé dans le titre du mariage les formes et conditions de sa

validité, la manière d'en faire la preuve, dans quels cas le défaut de représentation de l'acte de mariage des père et mère ne nuirait pas à la légitimité des enfans, dans quels cas aussi le mariage même annullé produirait ses effets civils à l'égard des enfans. Il n'avait donc plus à s'occuper ici que des preuves personnelles aux enfans. Tout était dit à leur égard quant aux preuves du mariage de leurs père et mère.

Les preuves de filiation légitime personnelles aux enfans sont: 1°. leur acte de naissance inscrit sur le registre de l'état-civil; 2°. à défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime; 3°. à défaut de titre et de possession constante, ou en cas de titre, soit sous de faux noms, soit avec simple énonciation de père et mère inconnus, la preuve par témoins, qui néanmoins ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou des présomptions ou indices graves résultans de faits dès-lors constans (art. 319, 320 et 323 du C. C.). Mais toutes ces preuves relatives à l'état personnel des enfans dans leurs rapports avec leurs père et mère, présupposent, ainsi que nous l'avons dit, l'état personnel des père et mère prouvé, comme état d'époux légitimes.

C'est donc avec cette présupposition qu'il faut entendre ces mots du paragraphe II, de l'art. 322, « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance ». On ne saurait dire que la possession dont il s'agit ici s'entende de la double possession de l'état de

l'enfant comme enfant légitime, et de l'état des père et mère comme époux. Car, s'il en était ainsi, l'enfant pourrait toujours se dispenser de rapporter l'acte de célébration de mariage de ses père et mère, en prouvant tout à la fois qu'il a la possession d'enfant légitime, et que ses père et mère ont ou avaient la possession d'époux. Or il n'en est pas ainsi : l'art. 197, en établissant que, dans le cas du décès des père et mère, s'ils ont vécu publiquement comme époux, la légitimité des enfans ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, décide, par là même, que les père et mère ou l'un d'eux étant vivant, la légitimité des enfans peut être contestée, si l'acte de célébration de mariage n'est pas représenté, ou s'il n'y est pas suppléé dans les cas prévus par l'art. 46 de la manière que règle cet article. D'un autre côté, l'art. 321, qui désigne les principaux faits qui constituent la possession d'état dont parle l'art. 322, ne considère évidemment cette possession que dans la personne de l'enfant : ce qui vient de ce que dans tout ce chapitre, comme nous l'avons dit, on suppose l'état de mariage des père et mère hors de contestation. Ainsi point de doute que, lors même que l'enfant a une possession conforme à son titre de naissance, on ne puisse lui contester son état d'enfant légitime, s'il ne prouve le mariage de ses père et mère, conformément à ce qui est prescrit au titre *du Mariage*.

517. Si donc les père et mère ou l'un d'eux

sont vivans, la légitimité de l'enfant pourra être contestée, s'il ne fait la preuve de leur mariage par la représentation de l'acte de célébration, sauf les cas prévus par l'art. 46, c'est-à-dire ceux de non-existence, ou de perte des registres, cas auxquels la preuve doit être reçue tant par titres que par témoins (*Voyez* les art. 46, 194, 195 et 197 du C. C.); et cette règle a lieu soit que l'enfant, à défaut de titre, ne prouve sa filiation que par la possession d'état d'enfant légitime, ou, à défaut de titre et de possession d'état, par la preuve testimoniale dans les cas prévus par l'art. 323, soit même qu'il réunisse la possession au titre. La Cour de Paris l'a ainsi jugé avec raison dans une espèce où la mère était encore vivante, et où l'enfant joignait à une possession conforme à son titre de naissance, la preuve de la possession d'état de ses père et mère comme époux. Seulement cette seconde possession d'état était affaiblie par la déclaration de la mère, lors de l'apposition des scellés, après le décès du père, qu'elle n'avait point été mariée avec le défunt. Mais lors même que cette déclaration contraire n'eut pas existé, la Cour eut dû juger de même, parce que la possession d'état des père et mère est une preuve insuffisante dans ce cas (Paris, 20 mai 1808. *Sirey*, tom. VIII, pag. 204).

518. Mais si les père et mère sont tous deux décédés, l'enfant n'est pas tenu de représenter l'acte de célébration de leur mariage. Il peut y suppléer en prouvant qu'ils ont eu la possession d'état d'époux, ou, en d'autres termes et selon

les expressions de l'art. 197, qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme. C'est ce qui résulte évidemment de la disposition de cet article, et la jurisprudence y est conforme (Grenoble, 3 février 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 29. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 84. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 84, et les arrêts qui vont être cités dans ce même no.).

Mais la jurisprudence décide aussi que ce supplément de preuve est indispensable, si l'on conteste à l'enfant sa légitimité (*Cass.*, sect. des req., 8 mai 1810, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Lyon, du 14 juin 1808. J.P., 2e. de 1810, pag. 209. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 239. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 243). La Cour de Lyon avait jugé en fait que les père et mère avaient vécu publiquement comme mari et femme et que les enfans avaient une possession d'état non contredite par leur acte de naissance, et en conséquence avait déclaré les enfans légitimes.— Aix, 28 mai 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 227; espèce où la possession d'état des père et mère comme mariés fut jugée non suffisamment établie, et l'enfant né d'eux déclaré illégitime. — Paris, 11 mai 1816, audience solennelle. *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 44; espèce où l'enfant fut déclaré illégitime, faute d'établir la double possession d'état par les père et mère comme époux légitimes, et par l'enfant comme enfant légitime. — Paris, 23 février 1822, audience solennelle. *Sirey*, tom. XXII, 2e. part., pag. 183; espèce où les enfans furent pareillement déclarés

illégitimes faute d'établir la possession d'état de leurs père et mère comme époux). On sent au surplus que le sort de ces causes dépend beaucoup des circonstances et de la conviction des juges, puisque la possession peut être à la fois établie par certains faits et contredite par d'autres; et qu'il ne s'agit alors que de juger de la prépondérance des uns sur les autres.

519. Le dernier des arrêts que nous venons de citer, celui de Paris, du 23 février 1822, dit, dans son premier motif que, « *suivant la jurisprudence ancienne consacrée par le Code*, la légitimité des enfans, à défaut de production de l'acte de célébration du mariage des père et mère, ne peut être établie que par la double possession d'état des père et mère, comme époux et des enfans comme légitimes ». La Cour crut devoir prononcer sur l'état de l'ancienne jurisprudence parce que dans la cause le père était décédé avant la publication du Code civil, et que l'absence de la mère déclarée par jugement, remontait sans doute aussi à une époque antérieure à cette publication, ce que ne dit pas cependant l'arrêtiste; ensorte que la contestation semblait devoir être jugée selon les maximes de l'ancienne jurisprudence. La Cour de cassation (sect. civ., 8 janvier 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris, du 16 germinal an XII. J. P., 1er. de 1806, pag. 433. — *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 307. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 145) avait jugé « que ce serait déplacer les dispositions des ordonnances de Blois et de Moulins, ainsi que de

l'ordonnance de 1667, relatives aux preuves des mariages, que d'appliquer ces mêmes dispositions aux preuves de la filiation des enfans légitimes ; — Que si, en principe général, la légitimité d'un enfant ne peut résulter que du fait ou de la présomption légale du mariage de ses père et mère ; si la morale publique est même intéressée au maintien de ce principe, néanmoins il était reconnu dans l'ancienne jurisprudence, que l'enfant réclamant, après le décès de ses père et mère, la qualité de fils légitime n'est pas rigoureusement tenu de rapporter l'acte de célébration du mariage de ces derniers, lorsque sa qualité de fils légitime parait d'ailleurs suffisamment établie par son acte de naissance, joint à sa possession publique de cette qualité ».

Il y a quelque différence entre cet arrêt et celui de la Cour de Paris ; en ce que l'arrêt de cassation ne suppose pas, comme celui de Paris, que, la possession d'état étant prouvée en la personne de l'enfant, il fut nécessaire dans l'ancienne jurisprudence de prouver en outre que la possession d'état d'époux eut existé en la personne des père et mère. La Cour de cassation (Section civile, autre arrêt du 11 ventose an XI. *Sirey*, tom. III, 1re. part., pag. 319. — *Denevers*, tom. Ier., 1re. part., pag. 614), prononçant aussi sur une espèce, régie par l'ancien droit, avait rejeté le pourvoi contre un arrêt du tribunal de l'Aveyron, du 6 fructidor an VII, qui avait jugé que la représentation de l'acte de mariage était indispensable ; et ce rejet fut fondé sur les motifs

1°. que l'art. 7 du titre XX de l'ordonnance de 1667, veut que les preuves de l'âge, du mariage, et du décès, soient reçues par des registres en bonne forme; 2°. que l'ordonnance n'établit qu'une seule exception celle de la perte ou de la non-tenue de registres, exception qu'on n'alléguait pas dans l'espèce; 3°. que la loi institutive du tribunal de Cassation ne lui permet pas d'annuler un jugement sur le prétexte qu'il serait contraire à la jurisprudence des arrêts. Ainsi la Cour de cassation paraissait convenir que la jurisprudence ancienne des arrêts était favorable à l'enfant. Quant à l'ordonnance de 1667, sur laquelle elle s'est appuyée, elle nous paraît l'avoir mieux entendue et interprêtée dans l'arrêt du 8 janvier 1806. Nous pensons donc qu'il faut s'en tenir sur cette question, quant à l'ancienne jurisprudence, à l'arrêt de la Cour de Paris, du 23 février 1822, qui, à défaut de lois anciennes précises, et en admettant que les anciens tribunaux eussent varié dans leurs décisions, a pu, sans effet rétroactif, appliquer la disposition de l'art. 197 du Code, comme interprétative de l'ancien droit selon ce que nous avons dit tom. Ier., n°. 182.

520. Mais la Cour de Paris, dans ce même arrêt, a paru assimiler le cas de l'absence déclarée des père et mère à celui de leur décès, puisque dans l'espèce le père seulement était décédé, et la mère déclarée absente par jugement; et que, partant de ces faits, la Cour ne s'est plus appuyée, en motifs de droit, que sur la jurisprudence ancienne *consacrée par le Code*, pour dé-

cider que la légitimité des enfans, à défaut de production de l'acte de célébration du mariage des père et mère, ne peut être établie que sur la double possession d'état, etc. La Cour de Toulouse a au contraire jugé (24 juin 1820. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 280) que c'était dans le cas seulement du décès des père et mère, et non dans le cas du décès de l'un et de l'absence déclarée de l'autre, que l'enfant était dispensé de produire l'acte de célébration de mariage de ses père et mère, en prouvant qu'ils avaient vécu publiquement comme mari et femme (art. 197), bien qu'il eut une possession d'état conforme à son acte de naissance « attendu, a-t-elle dit, que ce décès (de la mère déclarée absente) n'était pas légalement prouvé ; et que la longue absence de ladite dame ne pouvait pas équipoller à la preuve dudit décès ». Il faut remarquer que, dans l'espèce, l'enfant était décédé, et que ses ayant-cause, loin d'alléguer l'ignorance du lieu où ses père et mère s'étaient mariés, déclaraient que ceux-ci s'étaient mariés en 1794 à Kingston dans la Jamaïque. La Cour les admît à faire la preuve que les registres étaient perdus et que le mariage avait été réellement célébré, réservant aux autres parties la preuve contraire. M. de Maleville, sur l'art. 197, et M. Toullier (*Droit civil*, tom. II, n°. 877), pensent que la disposition de cet article est applicable au cas où le survivant des père et mère est en démence ou dans un état d'imbécillité qui équivaut à la mort pour le cas dont s'agit ; et nous sommes du même avis, parce que l'ar-

ticle est fondé sur ce que l'enfant peut ignorer le lieu du mariage de ses père et mère. Mais, par la même raison, nous estimons, avec la Cour de Paris, qu'il faut étendre la disposition de l'art. 197 au cas de l'absence déclarée du survivant. Nous excepterions toutefois le cas où, comme dans l'espèce de Toulouse, l'enfant ou ses représentans ne pourraient alléguer l'ignorance du lieu du mariage: car alors le motif de la loi cesse d'exister.

521. Les principaux faits qui constituent la possession d'état d'enfant légitime sont 1°. que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; 2°. que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement; 3°. qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société; 4°. qu'il a été reconnu pour tel dans la famille (art. 321 du C. C.). Les Romains comprenaient toutes ces preuves de la possession sous les trois mots *fama*, *tractatus et educatio*.

L'art. 321, qui doit seul aujourd'hui nous servir de règle en cette matière, n'indiquant que d'une manière démonstrative les quatre principaux faits qui peuvent servir à prouver la possession d'état, il en résulte bien, comme l'a dit la Cour de cassation, que la réunion de tous ces faits n'est pas de rigueur.

Mais comme cependant, aux termes du même article, il faut, pour établir cette possession, une réunion suffisante de faits qui indiquent le

rapport de filiation et de parenté entre l'individu et la famille qu'il réclame, une Cour royale pourra toujours, sans violer la loi, juger que, tel ou tel de ces quatre faits manquant, il y a réunion insuffisante de preuves, parce que la suffisance ou l'insuffisance des faits n'est elle-même qu'un fait dont les Cours royales sont juges souveraines, sans aucun recours possible en Cassation. S'il n'y a donc en ce cas ni commencement de preuve par écrit, ni présomptions ou indices assez graves, choses dont les Cours royales sont encore juges souveraines, l'admission à la preuve par témoins pourra être refusée (*Cass.*, sect. des req., 25 août 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Metz, du 6 juillet 1811. J. P., 1er. de 1813, pag. 209.—*Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 406. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 42).

522. Par les mêmes raisons, une Cour royale peut juger qu'il y a réunion suffisante de faits pour établir la possession d'état dans le concours de ces circonstances : 1°. que l'enfant a été inscrit au registre des actes de naissance comme né de *tel* et de *telle*, *son épouse légitime ;* 2°. qu'un frère du même individu aurait été aussi inscrit comme né du même père et de la même mère, *son épouse légitime ;* 3°. qu'enfin la mère aurait été inhumée sous le titre d'épouse légitime du même individu réclamé pour père ; bien que les deux derniers de ces actes soient étrangers à la personne de l'enfant ; bien que l'enfant ait été abandonné par le père à l'âge de quinze ans ; qu'il se soit marié sans son consentement ; et que le

père l'ait qualifié, dans son testament, d'enfant naturel. Le père n'a pu détruire par sa propre déclaration testamentaire l'état, acquis par l'enfant, de fils ou fille légitime, qualité qu'il lui avait donnée lui-même dans l'acte de naissance. Du moins, la Cour a pu le juger ainsi sans violer aucune loi. Nos anciens Parlemens le jugeaient de la même manière, quant à l'effet de la déclaration du père ou de la mère, contraire à la présomption de légitimité de l'enfant. C'était aussi l'opinion de M. d'Aguesseau et de M. Joly de Fleury, opinion que nous aurons occasion de citer plus loin (n°. 524). (Grenoble, 3 février 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 29. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 84. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 84).

523. Si un enfant, dont les père et mère sont décédés, n'avait point de titre de naissance, parce qu'il n'aurait point été tenu de registres sur les lieux, à cause des troubles civils, et ne prouvait sa possession d'état d'enfant légitime que sur une enquête, qui établirait en même tems que ses père et mère n'avaient la possession d'état d'époux légitimes que comme mariés religieusement à une époque où la célébration civile était indispensable, on sent que cette preuve serait insuffisante pour le dispenser de rapporter l'acte de célébration civile du mariage de ses père et mère (Rennes, 5 mars 1811. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 49).

524. La présomption de paternité tirée de l'état de mariage cesse, quand l'enfant n'a ni titre, ni possession d'état d'enfant légitime. Ainsi lorsqu'un

enfant conçu ou né en mariage a été inscrit sur les registres de l'état-civil comme *fils* ou *fille de père et mère inconnus*, et qu'en outre il n'a point la possession d'état d'enfant légitime, la mère ne peut pas lui rendre de plein droit la présomption légale de filiation légitime par une simple déclaration devant Notaire que l'enfant est né d'elle et de son mari. Et, en supposant même que cette déclaration pût être considérée comme un commencement de preuve par écrit qui dût faire admettre la preuve par témoins de la filiation (art. 323 du C. C.), la preuve contraire pourrait aussi être faite par tous les moyens propres à établir que l'enfant n'est pas né de la mère prétendue, ou même, la maternité étant prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari (art. 325 du C. C.); d'où il suit qu'il n'y a plus, en ce cas, présomption légale de paternité, mais tout au plus simple faculté réciproque de faire preuve de la filiation ou de la non filiation légitime (*Cass.*, sect. des req., 9 novembre 1809, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers, du 29 juillet 1808. J. P., 3e. de 1809, pag. 303. — *Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 77. — *Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag 489).

Dans une espèce où l'enfant était inscrit sous le nom d'une mère supposée, et comme né d'un père inconnu, la Cour de Paris a jugé avec raison que la reconnaissance écrite de la mère, qui réclamait cet enfant, n'était pas un commencement de preuve par écrit de la paternité (11 juin 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 17).

Mais si l'enfant, au lieu d'être inscrit comme né de père et mère inconnus, ou d'une mère supposée et d'un père inconnu, était inscrit sous le nom de sa vraie mère, et comme né de père inconnu, l'acte de naissance établirait alors directement la maternité ; il ne serait plus, comme la déclaration tardive de la mère dans les deux cas ci-dessus cités, un simple commencement de preuve par écrit à son égard ; il serait un véritable titre quant à elle ; et, par suite, il donnerait lieu à la présomption légale de paternité. Car il n'est pas au pouvoir du père ni de la mère de détruire, par leur seule déclaration, la présomption légale de paternité. « Il y a long-tems, disait M. d'Aguesseau, dans l'affaire Delastre, qu'on a demandé si l'on devait regarder la déclaration du père ou de la mère comme un jugement domestique, toujours également décisif, soit qu'il fut contraire ou favorable aux enfans ». Et, après avoir cité plusieurs lois romaines qui décident la négative, et un arrêt rendu, sur ses conclusions, en 1693, qui, malgré l'adultère prouvé et avoué de la mère, ne laissa pas de déclarer l'enfant légitime, il ajoute. « Vous avez donc établi, par cet arrêt, ce principe, aussi convenable à l'équité naturelle qu'à l'utilité de la société civile, qu'un père et une mère peuvent bien assurer par leur suffrage l'état de leurs enfans, mais qu'ils ne peuvent jamais le détruire ». M. Joly de Fleury disait, dans une autre cause : « Si les scrupules d'une mère coupable la portent à désigner à son enfant un père inconnu, ou autre que son mari, elle a pu se tromper ; sa déclara-

tion a pu être dictée par quelque passion violente. Dans ces circonstances, il est moins fâcheux de confirmer l'état de l'enfant que de le détruire ». Telles étaient les maximes professées par nos anciens Magistrats. Fondées sur l'intérêt de la société, elles doivent encore subsister ; et aucune raison tirée de la législation nouvelle ne s'oppose à leur application. Mais elles n'empêchent pas, non plus, l'exercice des droits du mari. Il pourra toujours, aux termes de l'art. 313 du Code, exercer son action en désaveu pour cause d'adultère, si la naissance de l'enfant lui a été cachée, sauf aux juges à se montrer difficiles sur les preuves, et à plus incliner pour la confirmation de l'état de l'enfant que pour sa destruction, conformément aux maximes ci-dessus. Dans l'exemple que nous venons de poser, la qualification donnée à l'enfant, de *né de père inconnu*, quoique inscrit sous le nom de la mère, est déjà une circonstance qui tend à prouver le recellement de la naissance au père putatif, et peut, réunie à d'autres circonstances qui complètent cette preuve ou la fortifient, donner ouverture à l'action en désaveu (Paris, 28 juin 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 7). La même Cour a, par un second arrêt, rendu, après enquête, dans la même cause, déclaré bon et valable le désaveu du mari, attendu que la naissance de l'enfant lui avait été cachée, et qu'il résultait de l'enquête et des pièces produites la preuve que le mari n'était pas le père de l'enfant (4 décembre 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 98).

CHAPITRE III.

Des enfans naturels.

De la légitimation. — De la reconnaissance des enfans naturels.

SECTION PREMIÈRE.

De la légitimation.

De la légitimation dans l'ancien droit, et sous le droit intermédiaire.—De la légitimation sous le nouveau droit.

§. Ier.

De la légitimation dans l'ancien droit, et sous le droit intermédiaire.

525. *Des diverses manières de l'acquérir dans l'ancien droit.*
526. *La légitimation par lettres du Prince ne donnait pas droit de succéder, si ces lettres n'en contenaient pas clause expresse.*
527. *De la légitimation par mariage subséquent, dans l'intervalle du 12 brumaire an II au Code civil.*

525. Avant de traiter de la légitimation sous le nouveau droit, disons un mot des questions qui se sont élevées depuis le Code, sur les légitimations opérées ou prétendues, soit en vertu du droit ancien, soit en vertu du droit intermédiaire.

On distinguait autrefois trois sortes de légitimations. La première s'opérait par le mariage subséquent des père et mère de l'enfant naturel. La seconde avait lieu en faveur des enfans nés

d'un mariage contracté de bonne foi entre personnes dont l'une était engagée dans les liens d'un mariage encore subsistant: il suffisait même pour que les enfans fussent déclarés légitimes, malgré la nullité du mariage, que la bonne foi seule de l'époux non engagé fut prouvée. La troisième était accordée par lettres du Prince : elle avait pour objet de donner à l'enfant naturel la capacité d'aspirer à des emplois publics ou à des dignités.

526. La légitimation par lettres du Prince ne donnait pas le droit de succéder, si elles n'en contenaient clause précise (Rousseau-Lacombe, au mot *Légitimation ;* Lebrun, *des Successions*, liv. I[er]., chap. II, sect. II, n°. 5). Aucune loi intermédiaire, ni le Code civil, n'ayant accordé aux légitimations acquises de cette manière des effets nouveaux de successibilité, les enfans ainsi légitimés ne peuvent prétendre à aucun droit de successibilité, comme enfans légitimes, si ces lettres ne le leur accordaient pas. Ils sont demeurés, sous ce point de vue, sur la même ligne que les enfans naturels. Mais il est bon de remarquer que toutes les fois que ces lettres constatent qu'elles ont été délivrées sur la demande du père, si d'ailleurs elles ont été revêtues des formalités requises pour leur validité et leur exécution, elles emportent, par elles-mêmes, l'effet de reconnaissances authentiques par le père, de l'enfant naturel ainsi légitimé ; et par conséquent elles donnent à l'enfant sur les biens de son père décédé, soit sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II, soit sous le Code civil, les mêmes droits que le

Code accorde aux enfans naturels légalement reconnus, sur les biens de leurs père ou mère décédés. Cette décision résulte inévitablement 1°. des formalités relatives à ces lettres, formalités qui, par leur nature, donnent à la reconnaissance du père un caractère complet d'authenticité ; 2°. de l'art. 1er. de la loi transitoire du 14 floréal an XI, dont nous parlerons bientôt ; 3°. et des art. 334, 756 et suivans du Code civil (Paris, 4 germinal an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 147.— *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 100. — Bordeaux, 16 juin 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 393. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 33. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 33). Les lettres portaient, dans la première espèce, la clause de ne point succéder, et dans la seconde, que l'enfant ne succéderait à son père que du consentement de ses héritiers légitimes.

527. Dans l'ancien droit, la légitimation de l'enfant naturel qui n'était ni adultérin, ni incestueux, s'opérait de plein droit, comme aujourd'hui, par le mariage subséquent des père et mère. Mais il y avait cette différence avec le nouveau droit que, la recherche de la paternité n'étant pas alors interdite, il suffisait, pour que cette légitimation s'opérât, que l'enfant eut la possession d'état d'enfant naturel, ou pût prouver qu'il était l'enfant naturel des époux mariés depuis sa naissance. L'art. 8 de la loi du 12 brumaire an II permit de nouveau la preuve de la possession d'état d'enfant naturel, soit par écrits publics ou privés du père, soit par une suite de soins donnés à titre de paternité. Mais l'art. 10

ordonna qu'à l'égard des enfans nés hors du mariage, dont le père et la mère seraient encore existans lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seraient, en tous points, réglés par les dispositions du Code. La jurisprudence n'appliqua la disposition de l'art. 8 qu'aux enfans naturels dont les pères étaient décédés avant la promulgation de cette loi; et la loi transitoire du 14 floréal an XI vint confirmer la jurisprudence, en décidant (art. 1er.) que l'état et les droits des enfans nés hors mariage, dont les pères et mères sont morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la *Paternité* et la *Filiation* et sur les *Successions*, seront réglés de la manière prescrite par ces titres. Ainsi ces enfans ne purent plus invoquer la recherche de la paternité, ni faire la preuve, à l'égard de leur père, de leur possession d'état d'enfant naturel. Il suivit de-là aussi que l'enfant naturel, dont les père et mère s'étaient mariés et étaient décédés sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II, ne put réclamer les effets de la légitimation par mariage subséquent qu'autant qu'il avait été légalement reconnu par ses père et mère avant le mariage, ou dans l'acte même de célébration (art. 331 du C. C.); et par conséquent aussi qu'autant que son père l'avait reconnu par acte authentique (art. 334 et 340 du C. C.).

Cependant on nia, dans une espèce, que cette application du Code civil, prononcée par la loi transitoire de floréal an XI, à l'égard des enfans

naturels, dont les pères et mères étaient décédés sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II, dût s'entendre aussi bien de la légitimation que des droits accordés aux enfans naturels non légitimés. On disait que la loi transitoire ne s'était occupée que de régler les effets de la loi du 12 brumaire ; et que celle-ci n'ayant rien statué sur la légitimation, l'ancien droit quant à la légitimation avait dû subsister jusqu'au Code civil. Ces objections auraient eu quelques fondemens, s'il se fut agi seulement de déterminer les effets de la légitimation acquise avant le Code civil. Par exemple, on eut décidé avec raison qu'elle avait révoqué les donations antérieures à la légitimation, quoique postérieures à la naissance de l'enfant légitimé, parce que l'art. 39 de l'ordonnance de 1731, qui veut que les donations entre-vifs soient révoquées par la légitimation par mariage subséquent, comme par la survenance d'enfans légitimes, ne fait aucune distinction entre les donations antérieures ou postérieures à la naissance de l'enfant naturel légitimé par mariage, à la différence de l'art. 960 du Code civil ; et parce que l'a jurisprudence ancienne interprétait l'art. 39 de l'ordonnance dans le sens de la révocation de toutes donations entre-vifs antérieures à la légitimation, quoique postérieures à la naissance (*Cass.*, sect. des req., 28 frimaire an XIII, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Dijon, du 25 germinal an XI. *Sirey*, tom. V, 1re. part., pag. 184.—*Denevers*, tom. III, 2e. part., pag. 72). Mais, dans l'espèce, il fallait prononcer sur l'état de

l'enfant naturel avant le mariage; et l'objection de la non application de la loi transitoire à cet état, pour savoir s'il y avait eu ou non légitimation, était sans fondement, attendu que la loi transitoire n'applique pas seulement le Code civil *aux droits* des enfans nés hors mariage, mais encore à leur *état*; d'où il suit que l'*état* de l'enfant naturel qui prétend à la légitimation, par le mariage de ses père et mère décédés sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II, doit être prouvé de la manière voulue par le Code civil et non par l'ancienne jurisprudence (*Cass.*, sect. civ., 12 avril 1820, cassant un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 août 1817. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 342).

Par les mêmes raisons, il faudra décider que l'enfant naturel qui prétendra venir comme légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, contracté dans l'intervalle de la loi du 12 brumaire au Code civil, à une succession ouverte sous le Code, devra prouver son état de la manière voulue par le Code (Nîmes, 15 juillet 1819. *Sirey*, tom. XIX, 2e. part., pag. 283).

§. II.

De la légitimation sous le nouveau droit.

Des diverses sortes de légitimation qui y sont admises. — De ceux qui peuvent ou ne peuvent pas être légitimés par mariage subséquent. — Des effets de la légitimation.

1re. DIVISION DU PARAGRAPHE II.

528. Des trois sortes de légitimation que reconnaissait l'ancien droit les lois nouvelles n'en ont admis que deux, la légitimation par la bonne foi de l'un des époux, et la légitimation par mariage subséquent.

Quant à la troisième sorte de légitimation, celle qui avait lieu par lettres du Prince, comme elle n'avait pour but que d'habiliter aux places les enfans naturels, et que les lois nouvelles les ont habilités, à l'égal des enfans légitimes, elle devenait de toute inutilité.

Il a été traité, au titre du *Mariage*, de la légitimation par la bonne foi.

Il n'est plus question ici que de la légitimation par mariage subséquent.

2e. DIVISION DU PARAGRAPHE II.

De ceux qui peuvent ou ne peuvent pas être légitimés par mariage subséquent.

séquent, dans les cas où les père et mère ont pu se marier, en vertu de dispenses?

533. *C'est à celui qui critique la légitimation à prouver qu'elle n'a pu s'opérer.*

529. L'enfant naturel simple inscrit sous le nom de sa vraie mère, mais sous le nom d'un père supposé, est légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, lorsque ceux-ci l'ont reconnu légalement avant le mariage ou dans l'acte de célébration. Et en effet, l'énonciation faite dans l'acte de naissance d'un père qui n'y a pas été présent, qui ne l'a pas signé, ne constitue pas l'état de l'enfant quant à la paternité, puisque la paternité hors du mariage ne peut être établie que par une reconnaissance authentique. Elle ne peut nuire aux droits qu'a le vrai père de reconnaître ou de ne pas reconnaître son enfant, et de le légitimer par son mariage subséquent avec la mère, après avoir légalement reconnu l'enfant, ou en le reconnaissant dans l'acte de célébration (Paris, 2 février 1809. J. P., 2ᵉ. de 1809, pag. 312. *Sirey*, tom. XII, 2ᵉ. part., pag. 357.—*Denevers*, tom. VII, 2ᵉ. part., pag. 153).

530. La reconnaissance légale de l'enfant par les père et mère, avant le mariage ou dans l'acte de célébration, est tellement requise, sous le nouveau droit, pour la légitimation par mariage subséquent que, lors même que l'enfant aurait constamment eu la possession publique de l'état d'enfant naturel des deux époux, lors même qu'il ne les aurait jamais quittés avant comme depuis le mariage, qu'ils l'auraient élevé et toujours traité

comme leur enfant, si la reconnaissance légale avant le mariage ou dans l'acte de célébration n'a pas été faite, la reconnaissance authentique, postérieure au mariage, ne pourra pas y suppléer; et l'enfant ne pourra prétendre aux droits d'un enfant légitimé, même contre le parent qui, en assistant au conseil de famille pour la nomination d'un subrogé-tuteur, en acceptant les fonctions de cette charge, en procédant à l'inventaire, en assistant et consentant à la vente du mobilier et des immeubles, aurait, par tous ces actes, reconnu implicitement la qualité de l'enfant comme héritier légitime de son père (Douai, 15 mai 1816. J. P., 2e. de 1816, pag. 391. — *Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 337). Dans l'espèce, la demande en pétition d'hérédité contre l'enfant qui se prétendait légitimé, était formée tant par deux frères du défunt qui avaient assisté au conseil de famille, et dont l'un avait accepté les fonctions de subrogé-tuteur de l'enfant, que par plusieurs autres frères et sœurs qui n'avaient pris aucune part à la délibération; et la Cour de Douai rejeta la fin de non-recevoir tirée, contre les deux premiers, de leur reconnaissance implicite, en s'appuyant sur ce motif que l'enfant était sans intérêt à cet égard, puisque ses droits n'en seraient pas plus considérables, soit que ces deux frères prissent ou ne prissent pas part dans la succession. Nous pensons que, lors même que ceux-ci n'eussent pas été protégés, dans l'espèce, par le défaut de reconnaissance ou de consentement de la part de leurs autres frères et sœurs, les actes

dont nous venons de parler n'auraient pas été suffisans pour produire l'effet d'une renonciation expresse à leurs droits d'héritiers ; car la reconnaissance erronée d'un droit contraire, sans transaction , sans contestation antérieure, sans traité exprès , au moins sur ce qui était susceptible de faire l'objet d'une contestation, ou sur leurs propres droits, ne pouvait équivaloir à cette renonciation, d'après le principe que nul n'est présumé renoncer facilement à ses droits.

531. Les enfans nés d'un commerce incestueux ou adultérins ne peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère (art. 331 du C. C.). La raison de cette prohibition est que la légitimation par mariage subséquent n'a été introduite qu'à l'aide d'une fiction, dans laquelle on suppose que les père et mère étaient déjà époux, ou, au moins, avaient intention de le devenir lors de la conception de l'enfant (1) ; supposition qu'on ne peut admettre à l'égard des père et mère, qui, soit par le lien de la parenté ou de l'affinité, soit par l'engagement de l'un d'eux ou de tous deux dans les liens d'un autre mariage, étaient alors dans l'incapacité de s'unir par mariage. Telle était aussi la disposition du droit romain et de l'ancien droit français. *Voyez* le titre au Code *de Natural. lib. et matrib. eorum*, les Novelles 78 et 89, et les Décrétales. *Voyez* aussi Rousseau - Lacombe,

(1) *Voyez* Boutaric, en ses *Institutes*, liv. 1er., tit. 10, §. 13 ; Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, part. 5, chap. 2, no. 410. Quelques auteurs combattent cependant cette fiction. *Boehmer, Toullier.*

au mot *Légitimation*. Il ajoute cependant : « Mais les enfans nés d'inceste peuvent l'être (légitimés) dans le cas où l'on obtient ordinairement dispense de parenté ». Toutefois cette question était controversée. *Voyez* les autorités pour et contre que cite cet auteur. Il n'importe que l'acte de naissance de l'enfant adultérin n'ait été inscrit sur les registres de l'état-civil qu'à l'époque où les père et mère étaient libres de se marier. Il suffit qu'il soit reconnu en fait, ou jugé en fait, par la Cour royale, que l'enfant est adultérin, c'est-à-dire né ou conçu d'une personne lors engagée dans les liens d'un autre mariage, pour que l'enfant n'ait pu être légitimé par mariage subséquent. Ainsi jugé avec raison dans une espèce où l'enfant avait été présenté à l'état-civil plus d'un an après sa naissance, à une époque et dans un pays de la France où, par l'effet des troubles civils, les registres n'avaient pas été tenus régulièrement (Angers, 13 août 1806. J. P., 2e. de 1807, pag. 427.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 49.—*Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 49).

532. Nous venons de citer l'opinion de Rousseau-Lacombe, sous l'ancienne jurisprudence, en faveur de la légitimation des enfans incestueux, dans les cas où l'empêchement de mariage pouvait être levé par dispense. La Cour de Bourges l'a adoptée, par le même motif, à l'égard de l'enfant né d'un prêtre et d'une laïque qui, en se mariant en l'an II, reconnurent leur enfant par l'acte de célébration de mariage. L'empêchement de mariage d'un prêtre peut être levé par dis-

pense du Pape ; la Cour, entre autres motifs, estima que l'autorisation générale de se marier, accordée par les lois de la révolution aux prêtres, avait équivalu aux dispenses du Pape ; que par conséquent, dans l'espèce, suivant les principes de l'ancienne jurisprudence, la légitimation s'était valablement opérée, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt (*Cass.*, sect. civ., 22 janvier 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bourges, du 15 avril 1809. J. P., 2e. de 1812, pag. 1.—*Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 161.—*Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 233).

Les derniers arrêts, comme l'avis des auteurs les plus modernes de l'ancienne jurisprudence, étaient conformes à cette opinion de Rousseau-Lacombe sur l'effet général des dispenses. « L'ancienne jurisprudence, dit M. Toullier, distinguait entre les enfans nés de parens ou alliés, dans les degrés où l'on obtenait des dispenses ; ceux-là étaient légitimés par le mariage que leurs père et mère contractaient après les dispenses obtenues. On ne voit, dans le Code, ajoute-t-il, aucune disposition contraire à cette distinction raisonnable ». M. Merlin pense, au contraire, que la distinction ne peut plus être admise aujourd'hui, parce que l'art. 331 du Code civil ne la fait pas (*Répertoire de jurisp.*, v°. *Légitimations*). Quelque rigoureuse que soit l'opinion de M. Merlin, cependant elle nous paraît plus conforme à la loi.

533. D'après le principe que la preuve est toujours à la charge du demandeur, c'est à ceux qui

contestent la légitimation à prouver que l'enfant n'a pu être légitimé, et non à celui-ci à prouver qu'il a pu l'être. Ainsi, dans une espèce où on alléguait que l'enfant était un bâtard adultérin, et non un bâtard simple, susceptible de légitimation, tel que le déclaraient ses père et mère dans l'acte de mariage, la Cour de Bruxelles a dispensé l'enfant de justifier de sa qualité par acte de naissance (Bruxelles, 19 janvier 1813. J. P., 3e. de 1813, pag. 268).

3e. DIVISION DU PARAGRAPHE II.

Des effets de la légitimation.

534. *Principe général.*
535. *L'enfant né dans le mariage, mais conçu auparavant, quoique légitime, et non pas légitimé, n'a droit qu'aux successions ouvertes depuis le mariage.*
536. A fortiori, *l'enfant légitimé n'a-t-il que le même droit?*
537. *La légitimation peut-elle être querellée par le légitimé.*

534. La légitimation produit deux effets : 1°. elle donne à l'enfant légitimé les mêmes droits que s'il était né du mariage (art. 333 du C. C.); 2°. elle révoque toutes les donations entre-vifs faites avant la naissance de l'enfant légitimé (art. 960 du C. C.) *Voyez* sur ce second effet ce que nous avons dit au n°. 527, et ci-après le titre *des Donations*.

535. Quoique l'enfant conçu avant le mariage, mais né dans le mariage, soit réputé légitime, et non pas seulement légitimé, s'il n'est pas désavoué par le mari, ni par les héritiers, en cas

de décès du mari, dans le délai du désaveu, cependant il n'a pas, quant aux effets de sa conception, les mêmes droits que l'enfant légitime conçu dans le mariage ; c'est-à-dire qu'il n'a pas comme celui-ci, droit aux successions ouvertes depuis le jour de sa conception, mais seulement aux successions ouvertes depuis le jour du mariage. Car, pour être héritier, il faut non seulement être conçu avant l'ouverture de la succession, mais encore n'être pas repoussé de cette succession par les lois au moment où elle s'ouvre. Or l'enfant, dans l'hypothèse, n'était encore qu'un enfant naturel conçu ; et, comme enfant naturel, il ne pouvait être héritier à l'époque de l'ouverture de la succession : elle ne s'est donc pas ouverte pour lui. Et il n'a pu prétendre qu'aux successions ouvertes depuis le mariage : c'est en effet à compter du mariage seulement que d'enfant naturel conçu, il est devenu enfant légitime ; et ce lien, lorsqu'il vient à exister, ne saurait avoir d'effet rétroactif, ni enlever le titre d'héritier à ceux qui l'ont déjà, *semel heres, semper heres.* Cette interprétation est confirmée par l'art. 733, qui donne à l'enfant légitime *les mêmes droits que s'il était né du mariage*, et par conséquent pas de droits antérieurs (*Cass.*, sect. civ., 11 mars 1811, cassant un arrêt de la Cour d'Orléans, du 16 février 1809. J. P., 1er. de 1811, pag. 497. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 129. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 175. — Paris, dans la même cause, 21 décembre 1812. J. P., 1er. de 1813, pag. 184. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 88).

536. Si la naissance légitime ne produit point un effet rétroactif antérieur au mariage; à plus forte raison, faut-il décider que la légitimation par mariage subséquent n'a pareillement pas d'effet rétroactif, et qu'ainsi l'enfant légitimé n'a droit qu'aux successions ouvertes depuis le mariage.

537. La légitimation peut être querellée par le légitimé même, lorsqu'elle lui donne un état contraire à son acte de naissance et à sa possession d'état. Il n'est pas même nécessaire que sa possession d'état ait été bien constante. Car il n'a pas toujours dépendu de l'enfant de conserver une possession conforme à son titre de naissance; et il ne faut pas que le fait des légitimans, qui auraient tenté de lui en donner une autre, ait pu lui nuire. Il est clair enfin que l'enfant n'a pas pu perdre malgré lui, ou sans son consentement, un état qui lui était acquis par son titre de naissance (Paris, 28 décembre 1811. J. P., 3e. de 1812, pag. 369. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 67).

SECTION II.

De la reconnaissance des enfans naturels.

Forme de la reconnaissance. — Quelles personnes peuvent faire la reconnaissance. — Son époque. — Ses effets.

§. Ier.

Forme de la reconnaissance.

538. *Des reconnaissances des enfans naturels, dont les père et*

mère sont morts dans l'intervalle de la loi du 12 brumaire au Code civil.

539. *Sous le Code, la reconnaissance peut-être faite devant Notaire :*

540. *Mais non devant un commissaire de police.*

541. *La reconnaissance privée de paternité devient-elle authentique par l'aveu que le père fait en justice de son écriture ?*

542. *Invalidité d'une reconnaissance de paternité seulement constatée par une mention, dans l'acte de naissance, d'un écrit ni annexé ni représenté, qui contiendrait aveu de paternité.*

543. *Même décision si cet écrit, bien qu'annexé et représenté n'était que sous seing privé, et si l'acte de naissance n'était point signé du père.*

544. *Validité d'une reconnaissance de maternité, fondée sur l'indication des témoins et du père dans l'acte de naissance, et sur l'aveu de la mère dans des actes judiciaires.*

545. *Il suffit que la reconnaissance de paternité puisse s'induire clairement de l'acte, sans qu'elle ait besoin d'être exprimée en termes formels.*

538. L'art. 334 du Code civil dit : « La reconnaissance d'un enfant naturel, sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

D'après l'art. 1er. de la loi transitoire du 14 floréal an XI, les droits des enfans nés hors mariage, dont les père et mère sont morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil, sur la paternité et la filiation et sur les successions, sont réglés de la manière prescrite par ces titres. Il s'ensuit que, dans ces cas, la reconnaissance d'enfant naturel n'est valable qu'autant qu'elle est faite dans les formes voulues ou autorisées

par les dispositions du Code civil ; qu'ainsi une reconnaissance par testament olographe fait sous les anciennes coutumes n'est point valable, parce que ce testament n'est pas authentique et qu'aucune disposition du Code n'autorise cette reconnaissance par testament olographe (*Cass.*, sect. civ., 12 ventose an XII, cassant un arrêt de la Cour d'Amiens, du 4 germinal an X. — Et la Cour de Paris, 27 floréal an XIII, à laquelle la cause avait été renvoyée a jugé dans le même sens que la Cour de cassation. J.P., 2ᵉ. de l'an XIII, pag. 266. — *Sirey*, tom. VII, 2ᵉ. part., pag. 765. — Angers, 25 thermidor an XIII. J.P., vol. unique de l'an XIV, pag. 295). Si la Cour de Paris et la Cour de cassation (sect. des req., 3 septembre 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J.P., 2ᵉ. de l'an XIII, pag. 113. — *Sirey*, tom. VI, 1ʳᵉ. part., pag. 409. — *Denevers*, tom. IV, 1ʳᵉ. part., pag. 577), ont décidé le contraire, dans une autre espèce, c'est qu'elles ont été influencées par des circonstances particulières, et que le testament avait été fait sous la Coutume de Paris, dont l'art. 289 réputait solennel le testament olographe.

539. D'après l'article 334 du Code civil, la reconnaissance doit simplement être faite par acte authentique. Elle peut donc l'être devant Notaire, puisque les actes des Notaires sont authentiques. Nous ne sachions pas que cette opinion ait jamais fait l'objet d'une contestation devant les tribunaux. Mais voici plusieurs arrêts dans les espèces desquels il s'agissait de reconnaissance passées devant Notaires ; et dans aucune, l'on

n'a mis en question la capacité du Notaire, pour recevoir de tels actes (*Cass.*, sect. civ., 16 décembre 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 février 1808. J. P., 1[er]. de 1812, pag. 432. — *Sirey*, tom. XII, 1[re]. part., pag. 81. — *Denevers*, tom. X, 1[re]. part., pag. 111. — Paris, 1[er]. février 1812. J. P., 1[er]. de 1812, pag. 433. — *Sirey*, tom. XII, 2[e]. part., pag. 161. — Paris, 25 prairial an XIII. J. P., 2[e]. de l'an XIII, pag. 321. — *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 4. — *Denevers*, tom. V, 2[e]. part., pag. 4. — Colmar, 11 mars 1819. J. P., 1[er]. de 1820, pag. 517. — *Sirey*, tom. XX, 2[e]. part., pag. 153. — Bruxelles, 17 juin 1807. J. P., 3[e]. de 1808, pag. 441. — *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 325. — Toulouse, 24 juillet 1810. J. P., 1[er]. de 1812, pag. 76. — *Sirey*, tom. XI, 2[e]. part., pag. 105. — *Denevers*, tom. IX, 2[e]. part., pag. 80. — *Cass.*, sect. des req., 27 août 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse. J. P., 1[er]. de 1812, pag. 76. — *Sirey*, tom. XII, 1[re]. part., pag. 13. — *Denevers*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 455. — Riom, 28 juillet 1809. J. P., 2[e]. de 1811, pag. 321. — *Sirey*, tom. X, 2[e]. part., pag. 266).

540. Mais pour que l'acte puisse être considéré comme authentique, il ne suffit pas qu'il ait été reçu par un fonctionnaire public, il faut que ce fonctionnaire ait caractère à cet effet. Ainsi la Cour de Dijon (24 mai 1817. J. P., 2[e]. de 1817, pag. 464. — *Sirey*, tom. XVII, 2[e]. part., pag. 278. — *Denevers*, tom. XV, 2[e]. part., pag. 111) a annulé une reconnaissance d'enfant naturel faite devant un commissaire de police, « attendu que ce fonc-

tionnaire n'a été investi par aucune loi, ni du droit de recevoir les actes relatifs à l'état des citoyens, ni de celui de dresser acte de leurs conventions, et en particulier, de constater les reconnaissances d'enfans naturels ; qu'ils ne sont institués que pour veiller à la sûreté publique et individuelle, pour rechercher et constater les délits ». La Cour a de plus jugé, avec raison, qu'une telle reconnaissance ne pouvait pas même valoir comme écriture privée, à l'effet d'obtenir des alimens. Ici, l'on a pu intimider le père par l'intervention d'un officier de police, et, par cette seule raison, la reconnaissance faite devant cet officier a dû être considérée comme l'effet d'une véritable recherche de paternité interdite par la loi.

541. La Cour de Paris (25 prairial an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 321.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 4. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 4 ; arrêt contre lequel la section civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, par un arrêt du 16 novembre 1808, que nous rapporterons en traitant des alimens dus à l'enfant naturel, n°. 549) a décidé, en principe, que l'acte privé, contenant reconnaissance de paternité, devient authentique par l'aveu que le père fait en justice de la vérité de son écriture et de sa signature apposée à cet écrit. Nous ne saurions adopter cet avis. L'art. 334 exige formellement un acte authentique, c'est-à-dire passé devant un officier public investi du droit de donner l'authenticité : il ne dit pas que l'acte pourra recevoir, par une recon-

naissance postérieure, l'authenticité dont il était privé au moment de sa passation ; et il ne devait point le dire ; il n'aurait pu le dire sans être en contradiction avec le système de la loi qui interdit la recherche de la paternité, et qui veut empêcher la séduction qui aurait lieu dans des actes souscrits légèrement, au moment où le jeune homme est encore dominé par une passion naissante ; car, d'un côté, les écritures privées ne pouvant produire d'effet qu'autant qu'elles sont reconnues ou vérifiées, il y aurait lieu, sur ce point, à une action qui ne serait autre chose qu'une recherche de paternité. De plus, au moyen d'un acte, qu'un enfant pourrait simuler, faire écrire par un inconnu, sans donner contre lui lieu à des poursuites dangereuses pour cet acte, qu'il prétendrait avoir trouvé dans les papiers de sa mère décédée, il effrayerait le prétendu père par la crainte d'un procès scandaleux, le forcerait à reconnaître une paternité, réelle peut-être, mais qu'il n'eût pas reconnu sans cela. Et, d'un autre côté, l'on n'aurait plus de garantie contre la séduction, parce que l'homme qui aurait été surpris ne pourrait cependant désavouer une écriture et une signature qui seraient les siennes, bien que lui ayant été arrachées dans un moment de faiblesse, bien que contenant un fait qu'il n'eût pas voulu reconnaître de sang-froid et dans un acte authentique. Enfin, l'article serait en contradiction avec lui-même, ou deviendrait inutile ; car il n'est pas de reconnaissance privée qui ne pût ainsi devenir authentique,

et la loi ne donnant jamais de force à aucun acte privé qu'autant qu'il est reconnu en justice, soit formellement, soit tacitement, il en résulterait que la loi n'aurait pas exigé pour la reconnaissance de paternité autre chose que pour toute action, ou, en d'autres termes, qu'elle n'aurait pas exigé l'authenticité, mais seulement le non désaveu.

L'application particulière que la Cour de Paris a faite ici de l'effet général des reconnaissances en justice des écritures privées nous surprend d'autant plus que dans l'espèce, bien que le père avouât l'écriture et la signature, cependant il désavouait la paternité, qu'ainsi il n'y avait d'authentique que le désaveu, et non la reconnaissance de la paternité. Néanmoins, la Cour de cassation a justement rejeté le pourvoi contre cet arrêt, « attendu que la paternité du demandeur avait été reconnue par jugement du tribunal civil de Chartres, du 2 floréal an IX, confirmé par arrêt de la Cour de Paris, du 13 ventose an X, qui avait acquis l'autorité de la chose jugée ; que le Code civil n'avait pas fait et n'avait pu faire qu'il ne fût pas invariablement jugé que le demandeur était père naturel de l'enfant dont s'agissait».

Nous ne pensons donc pas que l'on doive, à l'égard de la reconnaissance faite par le père, s'écarter du texte de l'art. 334, qui veut un acte authentique.

542. D'après ce qui précède, avons-nous besoin d'ajouter que la reconnaissance d'un enfant naturel seulement constatée par une mention,

dans l'acte de naissance, d'un aveu par écrit de paternité n'est point valable si cet écrit n'est ni annexé à l'acte de naissance, ni représenté, parce que la déclaration du rédacteur de l'acte de naissance que l'écrit émane du père n'est d'aucune autorité; qu'il peut être trompé; que d'ailleurs la loi ne l'établit point juge de l'écrit; et que son ministère purement passif se borne à constater tout ce que la loi autorise à lui déclarer (*Cass.*, sect. des req., 11 août 1808, rej. le pouv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse du 5 août 1807. J. P., 2e. de 1808, pag. 468. — *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 499. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 415).

543. Il faudrait encore décider la même chose si cet écrit, bien que représenté et annexé, n'était qu'un écrit sous seing-privé et que l'acte de naissance ne fût point signé par le père. Ainsi décidé dans une espèce où le père était représenté par un mandataire porteur d'une lettre missive, enregistrée et annexée à l'acte de l'état-civil (Cour de Riom, 26 février 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 462. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part. pag. 25). Car, d'après l'art. 334, il eût fallu une procuration authentique : le dépôt d'un acte privé ne lui donne point l'authenticité; et, le Code interdisant en termes formels la recherche de la paternité, la vérification de l'écriture et de la signature, ne saurait être admise sans impliquer contradiction avec la prohibition du Code.

544. Mais nous croyons, avec la Cour de Bruxelles et celle de cassation (Bruxelles, 4 fé-

vrier 1811, et Cassation, sect. civ., 22 juin 1813, rej. le pourv. contre ledit arrêt de Bruxelles. J. P., 3e. de 1813, pag. 215. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 281. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 360), que cet article ne doit pas s'appliquer aussi rigoureusement à la reconnaissance faite par la mère ; qu'elle résulte suffisamment pour elle de la réunion de ces deux circonstances, l'indication par les témoins et par le père dans l'acte de naissance et l'aveu par la mère dans des actes judiciaires (il s'agissait d'exploits) où elle aurait pris cette qualité : car, d'un côté, l'art. 336, relatif à cet aveu de la mère, n'exige pas qu'il ait lieu par acte authentique ; et, de l'autre, la recherche de la maternité étant admise, la loi ne doit conséquemment pas être aussi sévère par rapport à la reconnaissance de la part de la mère qu'elle l'est par rapport à la reconnaissance de la part du père, contre lequel la recherche est interdite.

545. L'art. 334 exige un acte authentique ; mais ne fixe pas les expressions de la reconnaissance ; d'où il suit qu'il suffit qu'elle puisse s'induire de l'acte. Ainsi l'ont jugé la Cour de Bruxelles (17 juin 1807. J. P., 3e. de 1808, pag. 441. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 325), pour une transaction authentique où on avait donné à l'individu avec lequel on contractait, le titre d'enfant naturel ; et la Cour de Riom (28 juillet 1809. J. P., 2e. de 1811, pag. 231. — *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 266), pour un contrat de mariage dans lequel un individu se disait enfant naturel d'un particulier qui le signait et y comparaissait comme partie

intéressée. Mais il faut que l'intention de reconnaître l'enfant soit claire ; on ne peut l'induire de simples présomptions, pas même de celles que le père aurait assisté à l'acte de naissance, l'aurait signé, et aurait donné à l'enfant son nom patronimique avec un de ses prénoms; car le même nom patronimique peut être commun à plusieurs familles, et du moment qu'il y a doute il n'y a pas reconnaissance (Poitiers, 28 août 1810. J. P., 2e. de 1811, pag. 235. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 290.—*Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 82).

§. II.

Quelles personnes peuvent faire la reconnaissance.

546. *Tous ceux qui ne sont point hors d'état de comprendre ce qu'ils font, peuvent faire une reconnaissance d'enfant naturel.*

546. La reconnaissance d'enfant n'est évidemment que la réparation d'une faute ; dès-lors toute personne peut en passer l'acte, pourvu qu'elle ne soit pas hors d'état de comprendre ce qu'elle fait. Le mineur lui-même peut faire valablement cette reconnaissance, et n'est point recevable à l'attaquer pour cause d'incapacité ; « attendu que, suivant l'art. 1125, le mineur ne peut attaquer, pour cause d'incapacité ses engagemens *que dans les cas prévus par la loi ;* que l'art. 334 ne distingue pas entre les majeurs et les mineurs ; que les inconvéniens, graves sans doute, qui peuvent résulter de la facilité de sur-

pendre une reconnaissance à la faiblesse de l'âge et à l'inexpérience du mineur disparaissent devant la disposition de l'art. 339 du Code civil, qui confère à tous ceux qui y ont intérêt le droit d'attaquer la reconnaissance de l'enfant naturel, et par suite aux tribunaux le droit d'annuller cette reconnaissance ; que d'ailleurs, d'après l'art. 1310 du Code civil, le mineur n'est pas restitué contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit, et que le père qui reconnaît son enfant ne fait que réparer une faute : que dès-lors l'aveu du mineur est recevable, et n'ouvre en sa faveur aucune action de restitution contre cet aveu (1) ». (*Cass.*, sect. civ., 22 juin 1813, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 4 février 1811. J. P., 3e. de 1813, pag. 215. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 281. — *Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 360).

§. III.

Époque de la reconnaissance.

547. *On peut reconnaître l'enfant qui n'est encore que conçu.*

547. Peut-on reconnaître un enfant naturel qui n'est encore que conçu? L'affirmative nous paraît ne pas souffrir de doute ; dabord l'art. 334, ni aucun autre, ne fixe d'époque pour cette recon-

---

(1) Minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus.
Sciendum est non passim minoribus subveniri, sed causâ cognitâ si capti esse proponantur. L. 11, §. 3, ff. *de Minoribus viginti quinque annis.*

naissance. De plus, si, dans l'intérêt des mœurs, la recherche de la paternité doit être interdite, on doit, dans le même intérêt, favoriser tous les moyens volontaires de reconnaître cette paternité : si, d'après l'incertitude qui existe toujours dans ces sortes de causes, on ne permet pas de poursuivre le coupable, d'un autre côté, on doit lui faciliter les moyens de réparer le tort qu'il avoue. Enfin l'axiome général est là, qui veut que l'enfant conçu, soit censé né chaque fois qu'il s'agit de son intérêt (1), et même que, dans certains cas, sa cause soit plus favorable que celle de l'enfant né (2) (Cour de Paris, 25 prairial an XIII. J. P., 2e. de l'an XIII, pag. 321. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 4. — *Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 4. — *Cass.*, sect. civ., 16 décembre 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 janvier 1808. J. P., 1er. de 1812, pag. 430. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 81. — *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 111. — Paris, 1er. février 1812. J. P., 1er. de 1812, pag. 433. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 161. — Colmar, 11 mars 1819. J. P., 1er. de 1820, pag. 517. — *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 153).

---

(1) Qui in utero est perindè ac si in rebus humanis esset custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur : quamquàm alii, antequàm nascetur, nequaquàm prosit. L. 7, ff. *de Statu hominum*; et art. 906 C. C.

(2) Ventri subvenire prœtorem debere non dubitamus, eò faciliùs, quò favorabilior est causa partûs quàm pueri; partui enim in hoc favetur ut in lucem producatur; puero, ut in familiam inducatur. Partus enim iste alendus est qui non tantùm parenti, cujus esse dicitur, verùm etiam reipublicæ nascitur (L. 1, §. 15, ff. *de Ventre in possess. mittendo*).

§. IV.

Effets de la reconnaissance.

548. *La reconnaissance authentique ne peut être révoquée sous le prétexte qu'elle a été provoquée par l'enfant.*
549. *Elle donne droit à des alimens.*
550. *La reconnaissance de paternité d'un enfant naturel faite sous seing privé donne-t-elle droit à des alimens contre le père ?*
551. *Elle ne donne aucun droit contre l'aïeul.*
552. *Elle donne la tutelle au survivant des père et mère qui ont reconnu l'enfant.*

548. La reconnaissance, une fois passée par acte authentique, ne peut pas être révoquée sur d'autres motifs que ceux qui opèreraient la nullité ou la rescision d'autres actes ; et l'on ne serait point admis, par exemple, à dire qu'elle n'a point été libre par la raison qu'elle a été provoquée par l'enfant, à qui la loi interdisait cette provocation, car c'était au père a ne pas y répondre ; qu'elle n'a été que l'effet de la crainte d'un procès, car ce moyen de violence n'est point un de ceux que la loi admette contre les actes (art. 1112 du C. C.) (*Cas.*, sect. des req., 27 août 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse, du 24 juillet 1810. J. P., 1er. de 1812, pag. 76. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 13. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 455).

549. Nous avons traité au titre *du Mariage*, des règles générales sur la nature des obligations de fournir des alimens et sur les modes de son exécution ; nous allons nous occuper ici des règles spé-

ciales qui concernent cette obligation considérée comme suite de la reconnaissance des enfans naturels.

L'enfant naturel a, contre ses parens qui l'ont reconnu, l'action à fin d'alimens. C'est une dette sacrée : la Novelle 89, chapitre XII, l'admettait en termes formels, et donnait à cet égard les mêmes droits à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime; car les père et mère ont, envers l'enfant naturel, des devoirs d'autant plus grands qu'ils ont à se reprocher son infortune. L'ancienne jurisprudence adoptait la même doctrine que la Novelle. Si le Code n'a pas alloué formellement des alimens aux enfans naturels, son intention résulte cependant de plusieurs de ses dispositions; d'abord des rapports réciproques qu'il a établis entr'eux relativement à leurs successions (755, 757, 758 et 765 C. C.); et surtout de ce qu'il accorde des alimens aux enfans adultérins ou incestueux, et qu'il serait contradictoire qu'il en refusât aux enfans naturels, qu'il traite toujours avec plus de faveur (*Cass.*, sect. des req., 27 août 1811, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Toulouse. J. P., 1er de 1812, pag. 76.—*Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 13. — Paris, 13 juin 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 297. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 356. — Agen, 13 mars 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 366. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 281. — *Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 58. —Rennes, 22 mars 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 255. — Paris, 27 décembre 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 441.—*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag.

260. — *Cass.*, sect. civ., 16 novembre 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Paris. J. P., 1er. de 1809, pag. 369.—*Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 110. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 17. — Montpellier, 28 janvier 1806. J. P., 2e. de 1806, pag. 314. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 391. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 209. — *Id.*, 1er. décembre 1806. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 778. — Angers, 25 thermidor an XIII. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 778. — Douai, 19 mars 1816. J. P., 2e. de 1816, pag. 278. —*Sirey*, tom. XVI, 2e. part., pag. 264. — *Denevers*, tom. XIV, 2e. part., page. 107).

Les deux premiers arrêts ci-dessus cités (Cassation et Paris) ont, en outre, jugé que ces alimens pouvaient être demandés contre le père, quoique la reconnaissance eût été faite pendant le mariage, que le père fût en état de mariage, lors de la demande, ou qu'après son décès il eût laissé des enfans légitimes :

La disposition de l'art. 337 du Code civil (1) ne s'oppose point à cette décision : car cet article ne s'applique qu'aux droits que l'enfant naturel reconnu pourrait réclamer sur les biens de son père décédé, en vertu de l'art. 756 du Code civil, et non à de simples alimens, que tous les enfans ont également le droit d'exiger, même les enfans

---

(1) « La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfans nés de ce mariage.

Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en resté pas d'enfans » (art. 337 C. C.).

adultérins ou incestueux (762 du C. C.), soit du vivant de leurs père et mère, soit sur leur succession (Paris, 13 juin 1809. J. P., 2e. de 1809, pag. 297. — *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 356, et susdit arrêt de Cassation du 27 août 1811.

Le quatrième des arrêts précédemment cités (Rennes), a jugé que les alimens pouvaient être demandés contre la mère, quoique mariée, et quoique ayant des enfans légitimes :

Le troisième (Agen), qu'ils pouvaient l'être contre le père, quoiqu'il eût fait apprendre un état à son enfant, si cet état ne suffisait pas à l'entretien et à la nourriture de sa famille :

Le sixième (Cassation), que ces alimens étaient dus, bien que l'enfant n'eût son titre de filiation que dans un jugement passé en force de chose jugée sous la loi du 12 brumaire an II :

Le huitième (Montpellier), que les alimens sont dus du jour où l'état et les droits de l'enfant ont été réclamés.

550. Mais la reconnaissance de paternité faite sous signature privée donne-t-elle à l'enfant naturel droit de demander des alimens ?

La négative a été jugée par les arrêts suivans. (Pau, 18 juillet 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 12.—*Denevers*, tom. VIII, 2e. part., pag. 151. — Rouen, 18 février 1809. J. P., 1er. de 1809, pag. 299. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 199. — *Cass.*, sect. des req., 4 octobre 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Limoges du 27 août 1811. J. P., 1er. de 1813, pag. 481. — *Sirey*, tom. XIII, 1re. part., pag. 139. — *Denevers*,

tom. XI, 1re. part., pag. 25.—Dijon, 24 mai 1817. J. P. 2e. de 1817, pag. 464. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 278.--*Denevers*, tom. XV, 2e. part., pag. 111. — Paris, 22 juillet 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 389).

Les arrêts qui ont adopté l'affirmative sont en moins grand nombre, et n'en présentent aucun de la Cour de cassation (Angers, 25 thermidor an XIII, cité n.° 549.—Paris, 25 prairial an XIII, cité n.° 541.—Enfin un arrêt de Nancy, du 20 mai 1806, qui, rendu en faveur d'un enfant adultérin, ne sera cité qu'au titre *des Successions*, sur l'art. 762).

Pour l'affirmative, on dit :

Il ne faut pas confondre les droits de successibilité avec les droits d'alimens. L'art. 334 n'a pour objet que les premiers ; et si l'art. 340, qui interdit la recherche de paternité, s'applique aussi à la demande tendante à obtenir des alimens, parce qu'elle serait une véritable action en recherche de paternité, ce ne peut être que lorsque, avant la demande, il n'y a pas déjà preuve légale et suffisante de la paternité. Or, aux termes de l'art. 1320 du Code civil, « l'acte, soit authentique, soit *sous seing-privé*, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition ». Donc la reconnaissance sous seing privé est une preuve légale qui, si elle ne donne pas droit à la successibilité, faute d'être faite dans les formes pres-

crites à cet effet, donne tous les autres droits qui peuvent appartenir à l'enfant naturel.

Vainement on oppose que, pour obtenir condamnation sur l'écrit sous seing-privé, il faudra, ou que le père le reconnaisse en justice, ou que le juge le tienne pour reconnu, et que, dans l'un et l'autre cas, l'action aura le caractère prohibé par la loi, celui de la recherche de paternité: il faut dire que, en cas de désaveu, le juge ne pourra, il est vrai, passer outre sans contrevenir à l'art. 340; mais que, en cas d'aveu, l'écrit privé conserve la force de preuve légale qu'il avait en vertu de l'art. 1320; que cette preuve légale, subsistant avant la demande et n'étant que reconnue depuis la demande, il ne résulte ni de la procédure ni de la condamnation en paiement d'alimens, aucune recherche de paternité, que, par conséquent, la condamnation peut, en ce cas, être prononcée.

Ensuite l'art. 334 et l'art. 340, malgré leur généralité, ne s'appliquent qu'aux droits de successibilité de l'enfant naturel; et ce qui le démontre, c'est le silence même du Code, soit au titre *de la Paternité*, soit au titre *des Successions*, sur les alimens dus à l'enfant naturel, même reconnu légalement. Les rédacteurs du Code ne s'étant point occupés des obligations qui naissent de la paternité naturelle, comme ils l'avaient fait à l'égard des obligations qui naissent du mariage, il est naturel de penser que, dans la rigueur des formes prescrites par l'art. 334, et dans la prohibition de l'art. 340, ils n'ont eu en vue que les

droits accordés expressément par le Code à l'enfant naturel. Le législateur a pu, d'ailleurs, soumettre à des conditions ou prohibitions les droits qu'il concédait, sans vouloir y soumettre également un droit que l'enfant ne tient pas de la loi civile, mais d'une loi naturelle supérieure à toute loi civile. Et ce droit est tellement sacré qu'on ne peut présumer facilement que la loi civile ait voulu ou l'abolir ou le soumettre à des conditions ou restrictions qui en empêcheraient l'exercice en beaucoup de cas.

Si on objecte le silence du Code sur les alimens dus à l'enfant naturel simple, pour en conclure que, en admettant même le droit naturel de l'enfant, il ne s'y joint aucun droit civil, et par conséquent aucune action civile; la réponse à cette objection existe dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 août 1811, cité ci-dessus n°. 549, motifs qui, bien qu'exprimés en faveur de l'enfant naturel légalement reconnu, s'appliquent également à l'enfant non reconnu dans les formes prescrites par l'art. 334. Nous avons donné succinctement une partie de ces motifs n°. 549; nous ne reproduirons ici que ceux que nous avons cru pouvoir omettre alors, mais qui peuvent donner plus de force à cette opinion: « Attendu qu'à la vérité, y est-il dit, le Code civil ne contient aucune disposition expresse, quant aux alimens, en faveur des enfans naturels reconnus; mais que, dans le silence des lois positives, il faut recourir au droit naturel; — Qu'il n'y a dans le Code civil aucune disposition

contraire. — Qu'on ne peut et ne doit pas supposer que les auteurs du Code aient voulu affranchir les pères naturels de la dette la plus sacrée, du devoir le plus impérieux de la paternité, etc.». La Cour termine par l'argument *à fortiori*, tiré de l'art. 762, qui accorde des alimens aux enfans adultérins ou incestueux. On ne peut repousser ce dernier argument en ne présentant la disposition de l'art. 762 que comme une suite de la punition infligée par les lois contre les pères adultérins ou incestueux. Cette manière de considérer l'art. 762 serait fausse. L'art. 762 est évidemment par sa forme, par son expression, comme par la place relative qu'il occupe, restrictif seulement des droits de l'enfant adultérin ou incestueux, et non punitif, si l'on peut parler ainsi, du crime des pères (1).

On fait une dernière objection. La paternité, dit-on, est indivisible; on ne peut être père pour un cas, et ne pas l'être pour un autre. Pur jeu de mots, qui ne doit faire aucune impression sur l'esprit d'un jurisconsulte! Et en effet il ne répugne point à la raison que la loi accorde des effets plus étendus à la paternité reconnue dans certaines formes solennelles qu'à celle qui serait non moins certaine, mais dont la reconnaissance ou preuve ne présenterait pas autant de garanties à la so-

(1) Art. 762 du Code civil. « Les dispositions des art. 757 et 758, ne sont pas applicables aux enfans adultérins ou incestueux. — La loi ne leur accorde que des alimens ». Les art. 757 et 758, règlent les droits de l'enfant naturel légalement reconnu sur les biens de ses père ou mère décédés.

ciété. On peut donc concevoir qu'on soit père pour certains effets, et qu'on ne le soit pas pour d'autres; et il ne s'agit ici que d'effets différens de la paternité naturelle, du droit à la successibilité et du simple droit aux alimens. L'arrêt de la Cour de cassation du 27 août 1811, déjà cité, nous fournit même un exemple de la séparation de ces deux droits. Il a jugé que l'art. 337, relatif à la reconnaissance faite pendant le mariage d'un enfant né avant le mariage, ne s'appliquait qu'au droit de successibilité, et ne privait pas l'enfant reconnu du droit de demander des alimens. Voyez ci-dessus le n°. 548. Pourquoi ne pourrait-on pas dire la même chose de la paternité, qui ne serait reconnue que par acte sous seing privé?

Pour la négative, et c'est l'opinion à laquelle nous nous rangeons, on dit:

Sans doute il faut reconnaître, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 27 août 1811, et par les motifs qui y sont exprimés, que des alimens sont dus à l'enfant naturel par les père et mère qui l'ont reconnu, comme ils sont dus à ceux-ci par leur enfant; que le silence du Code, lors même qu'on ne pourrait argumenter *à fortiori* de l'art. 762, serait insuffisant pour faire présumer l'anéantissement d'une obligation aussi sacrée, fondée sur une des premières lois du droit naturel; mais que l'art. 762 est, à cet égard, une démonstration suffisante de l'intention du législateur, ou plutôt une reconnaissance formelle de sa part, de l'existence de cette obligation dans le système

de notre législation, indépendamment de toute disposition écrite.

On convient aussi que l'art. 762 ne peut être entendu sainement que comme une restriction des droits de l'enfant adultérin ou incestueux, non seulement par le sens direct de cette expression *la loi ne leur accorde que des alimens*, mais encore parce que son premier paragraphe est conçu dans la forme d'exception aux art. 757 et 758, qui accordent des droits plus étendus à l'enfant naturel simple légalement reconnu; qu'ainsi ce serait en détourner le sens que de le considérer comme une suite des peines infligées par les lois au crime de l'adultère ou de l'inceste, non applicable par conséquent aux père et mère de l'enfant naturel simple.

Mais quant au reproche fait à la maxime de l'indivisibilité du titre de père, de n'être pas toujours vraie, on y répond que la Cour de cassation, à qui nous devons cette maxime, ne l'a pas prise dans un sens absolu, mais dans un sens purement relatif à l'état et surtout à l'esprit de la législation sur les enfans naturels; et on doit le croire ainsi, parce que cette Cour, première gardienne des lois, est toujours présumée parler au nom des lois; et, prise dans ce sens relatif, cette maxime est de la plus grande exactitude. La Cour l'avait déjà proclamée avant le Code (sect. civ., 3 ventose an X, cassant un jugement d'appel de Liége du 18 floréal an IX. J. P., 2e. de l'an XI, pag. 3. — *Sirey*, tom. III, 1re. part., pag. 185. — *Denevers*, tom. Ier., pag. 606. — *Id.*, 26 mars 1806,

cassant un jugement d'appel de Chaumont, du 15 frimaire an III. J. P., 2e. de 1806, pag. 38. —*Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 570.—*Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 109), sous une loi, celle du 11 brumaire, bien plus favorable aux enfans naturels que ne l'est le Code civil : et il suffit de remonter aux motifs des dispositions de l'art. 334 et de l'art. 340 du Code civil pour s'assurer que tel a été en effet l'esprit qui a présidé à la rédaction du Code, et que ses auteurs n'ont voulu admettre qu'une sorte de paternité naturelle quant à tous ses effets, celle-là seulement qui aurait été reconnue ou déclarée dans les formes autorisées par la loi. « Il s'agit seulement ici, a dit M. le conseiller d'Etat Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs de la loi, d'établir les règles, *pour reconnaître le lien* qui les unit (les enfans naturels) aux auteurs de leurs jours. — Depuis long-tems, dans l'ancien régime, un cri général s'était élevé contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux débats les plus scandaleux, aux jugemens les plus arbitraires, à la jurisprudence la plus variable. En un mot, les recherches de paternité étaient regardées comme le fléau de la société ». Après avoir rappelé la disposition de la partie du Code civil, projetée dès l'an II, qui interdisait la recherche de la paternité non avouée, l'orateur ajoute : « Dans la loi proposée, cette sage disposition, qui interdit les recherches de la paternité, a été maintenue. Elle ne pourra jamais être établie contre le père que par sa propre reconnais-

sance ; et encore faudra-t-il, pour que les familles soient, à cet égard, *à l'abri de toute surprise*, que cette reconnaissance ait été faite ou par l'acte même de naissance, ou par un acte authentique.—La loi proposée n'admet qu'une seule exception : c'est le cas d'enlèvement, dont l'époque se rapporte à celle de la conception. Alors le ravisseur pourra, sur la demande des personnes intéressées, *être déclaré père* de l'enfant ».

On peut tirer de ces motifs plusieurs remarques, qui conduiront à la solution de la question :

1°. La loi, sur le titre *de la Paternité*, n'ayant eu pour objet à l'égard des enfans naturels que d'établir les règles *pour reconnaître le lien* qui les unit aux auteurs de leurs jours, il s'ensuit que, hors ces règles, le juge ne peut reconnaître le lien de la paternité naturelle. Or la reconnaissance sous seing-privé de l'enfant naturel n'est autorisée par aucune de ces règles ; le juge ne pourra donc y reconnaître aucun lien entre le père et l'enfant : il ne pourra donc accorder ni à l'un ni à l'autre l'action en alimens.

2°. L'abolition de la recherche de paternité a eu pour objet d'épargner aux tribunaux des procès scandaleux. Une demande en alimens, fondée sur une reconnaissance sous seing-privé de paternité, que le défendeur n'avouerait point, ou qu'il alléguerait lui avoir été surprise, occasionnerait des débats scandaleux, serait même une véritable recherche de paternité (n°. 540) : une telle demande est donc repoussée par l'esprit de la loi.

3°. Et lors même que la reconnaissance sous seing-privé ne serait point désavouée, le juge ne pourrait l'admettre comme titre de paternité, non-seulement parce qu'elle est hors des règles établies pour reconnaître le lien qui unit le père aux enfans, comme nous l'avons dit, mais encore parce qu'elle est présumée *surprise* aux yeux de la loi, qui veut qu'elle soit libre, réfléchie, rédigée, pour ainsi dire, en contrat, suivant des formes déterminées, et presque avec des solennités qui appellent l'attention, enfin garantie, autant que possible, de l'influence des passions par la présence de l'officier public (n°. 540).

De tout ceci il faut conclure qu'en effet le père naturel doit des alimens à ses enfans, mais que la loi ne reconnaît de paternité naturelle que celle qui a été reconnue volontairement dans l'acte de naissance, ou par acte authentique, conformément à l'art. 334, ou celle qui, en cas d'enlèvement, a été déclarée par jugement, en vertu du deuxième paragraphe de l'art. 340; qu'ainsi la reconnaissance sous seing-privé, ne pouvant fonder le titre de père, et étant d'ailleurs frappée de la présomption légale qu'elle a été surprise, ne peut autoriser l'action en alimens, tant parce qu'elle tendrait à une véritable recherche de paternité, que parce que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi (art. 1352 du C. C.).

Quid de la reconnaissance sous seing-privé de la paternité adultérine ou incestueuse? Comme l'art. 762, qui réduit expressément l'enfant adul-

térin ou incestueux à des alimens, appartient au titre *des Successions*, nous renvoyons à ce titre l'examen de la question.

551. Mais comme l'enfant naturel n'est rien à la famille de son père ni de sa mère (1); comme l'obligation où ils sont de lui fournir des alimens ne résulte que d'un fait qui leur est personnel, et qui ne peut devenir une charge pour autrui (2); comme le titre des successions, auquel renvoie l'art. 338, pour la fixation des droits de l'enfant naturel, ne lui en accorde aucun sur les biens des parens de ses père et mère (756); comme l'art. 908 lui défend même de rien recevoir au-delà de ce qui lui est accordé par ce titre, il faut décider qu'il n'a, après le décès de ses père et mère, aucune action contre son aïeul pour en obtenir des alimens (*Cass.*, sect. civ., 7 juillet 1817, cassant un arrêt de la Cour du 19 mars 1816. J. P., 3e. de 1807, pag. 201.—*Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 289).

552. La reconnaissance donne la tutelle au survivant des père et mère qui ont reconnu l'enfant. Car, dans le silence du Code, le devoir de la tutelle se trouve imposé aux père et mère par le droit qui leur est donné sur la succession de leur enfant naturel (765), et d'après ce principe que la tutelle est une charge de la suc-

(1) Nec genus, nec gentem habent, nec ullo necessitudinis jure aut propinquitatis gradû conjungi consentur (Bartole, *in leg.* 7, ff. *de Cap. min.*

(2) Nemo alterius facto prægravari potest.

cession, pourvu que la personne soit apte à s'en charger : *ubi successionis emolumentum, ibì et tutelæ onus esse debet.* Car il est naturel qu'en général les biens soient soignés dans la tutelle par ceux qui en espèrent la succession : *ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur.* L. 1 ff. *de Legit. tutor.* Bruxelles, 4 février 1811. J. P., 1er. de 1811, pag. 568. — Arrêt contraire de Paris du 9 août 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 549. — *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 475. — *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 99. — Amiens, 23 juillet 1814. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 361. — Grenoble, 5 avril 1819. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 366).

TITRE HUITIÈME.

De l'adoption.

De l'adoption sous l'ancien Droit. — De l'adoption sous le droit intermédiaire. — De l'adoption sous le Code civil.

CHAPITRE PREMIER.

De l'adoption sous l'ancien droit.

553. *Le Droit commun était qu'*adoption n'avait lieu en France.

553. Avant la loi du 18 janvier 1792, les lois romaines sur l'adoption étaient inusitées en France, tant dans les pays de droit écrit que dans les pays de droit coutumier.

Quelques coutumes seulement permettaient une *affiliation*, une *subrogation par échange*, un *affrérissement*, par le moyen desquels l'affilié, le subrogé ou l'affréri succédait, en certains cas, même avec les enfans légitimes.

D'autres coutumes proscrivaient formellement l'adoption : telles étaient celle d'Audenarde, et de la Chatellenie de Lille.

Dans les coutumes qui se taisaient à ce sujet, ainsi dans les pays de droit écrit, le droit commun était qu'*adoption n'avait lieu en France*. Et si quelquefois, par ignorance du droit, on y adoptait, cette adoption n'y faisait pas un héritier

légitime; elle n'y donnait pas le droit de retrait lignager; elle ne conférait pas à l'adoptant la puissance paternelle, dans les lieux mêmes où cette puissance existait. Enfin l'adopté n'était considéré que comme un donataire, un légataire ou un héritier institué, suivant les termes de l'adoption et le droit du pays.

CHAPITRE II.

De l'adoption sous le droit intermédiaire.

Historique des lois intermédiaires sur l'adoption. — Des formes et conditions des adoptions sous le droit intermédiaire. — Des personnes qui pouvaient adopter. — Des personnes qui pouvaient être adoptées. — Des effets de l'adoption faite sous le régime intermédiaire.

SECTION PREMIÈRE.

554. *Historique des lois intermédiaires sur l'adoption.*

554. La loi du 18 janvier 1792 décréta, en principe, l'adoption; sans en régler ni la forme, ni les conditions, ni les effets.

Une autre loi, du 26 frimaire an III, décréta qu'à l'avenir, et jusqu'à ce qu'il eut été statué sur les effets des adoptions faites antérieurement à la promulgation du Code civil, les juges de paix pourraient, s'ils en étaient requis par les parties intéressées, lever les scellés, pour la vente du mobilier être faite après inventaire, sur l'avis d'une assemblée de parens, sauf le dépôt jusqu'au réglement des parties. Cette seconde loi reconnut

ainsi implicitement qu'on avait pu valablement faire des adoptions depuis la loi du 18 janvier 1792.

D'ailleurs, dans l'intervalle de ces deux lois, le 25 janvier 1793, la convention nationale avait elle-même fait une adoption (celle de la fille de Le Pelletier de S.-Fargeau), et avait chargé son comité de législation de lui présenter très-incessamment un rapport sur les lois de l'adoption. Ce rapport n'a jamais été fait. Mais la plupart des municipalités accordèrent aux adoptions une place sur les registres de l'état-civil.

Un arrêté du gouvernement, du 19 floréal an VIII, a constaté et autorisé cet usage, en ordonnant l'envoi aux maires et adjoints des modèles d'actes de naissance, décès, mariages, divorces *et adoptions*, pour assurer l'uniformité des actes de l'état-civil dans toute la république.

Enfin survint, avec le Code civil, la loi transitoire du 25 germinal an XI, dont l'art. 1er. porte : « Toutes adoptions faites par actes authentiques, depuis le 18 janvier 1792 jusqu'à la publication des dispositions du Code civil relatives à l'adoption, seront valables, *quand elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter et être adopté* ».

Comme la publication du Code civil n'est pas d'une date assez ancienne, pour qu'il ne puisse jamais se rencontrer, dans les successions qui s'ouvriront à l'avenir, des droits ou prétentions à régler de quelqu'enfant qui aurait été adopté avant le

Code civil, nous rendrons compte ici des questions déjà jugées sur de semblables adoptions.

SECTION II.

Des formes et conditions des adoptions sous le droit intermédiaire.

555. *L'authenticité de l'acte d'adoption, était seule requise pour sa validité : même sous la loi du* 18 *janvier* 1792.

555. L'art. 1er. ci-dessus cité, n°. 554, de la loi du 25 germinal an XI, qui fait réglement en cette matière, ne requiert que l'authenticité de l'acte d'adoption, pour sa validité. Mais, jusqu'à cette loi transitoire, la jurisprudence demeura incertaine sur la question de savoir si la validité de l'adoption n'était pas soumise à d'autres conditions; si, par exemple, les lois romaines ne devaient pas servir d'interprétation, au moins en partie, à la loi du 18 janvier 1792, qui n'avait décrété que le principe de l'adoption. Ainsi le tribunal de Cassation, section des requêtes, donnant au mot d'*adoption* le sens consacré par les lois romaines, décida, le 17 vendémiaire an VI, qu'il était dans l'essence de l'adoption que l'enfant adopté sortît de la famille et de la puissance de son père; qu'en conséquence l'acte fait par Michel Siffert, en faveur de Marguerite Wernet, dans lequel le père de celle-ci avait stipulé que sa fille ne pourrait se marier sans son consentement, n'était pas une véritable adoption; attendu que par cette réserve le père retenait une partie de sa puissance sur sa fille adoptée par Siffert, ce

qui était contraire à l'essence de l'adoption. Depuis cet arrêt, le tribunal de Paris, plus sûrement guidé par la loi du 25 germinal an XI, qui, comme loi interprétative, doit être réputée contemporaine de la loi du 18 janvier 1792 qu'elle a interprêtée, ne s'arrêta ni à la considération de la nature ou de l'essence de l'adoption, ni à l'autorité des lois romaines, dans une cause où les héritiers collatéraux de l'adoptant objectaient le défaut de consentement ou d'acceptation de la part de l'enfant adopté ou d'une personne qui eût pu le représenter; et où ils auraient pu objecter en outre le lien naturel qui existait entre l'adoptant et l'adoptée, reconnue fille naturelle de l'adoptant. Mais l'adoption, faite en 1793, résultait d'une délibération du conseil-général de la commune de Dourdan, qui, statuant sur la demande de l'adoptant, avait déclaré l'adoption valable; et cette délibération était signée de l'adoptant. Le tribunal de Paris, examinant seulement si l'acte d'adoption était *authentique*, et y trouvant authenticité suffisante, autorisa la fille adoptée à rester saisie de la succession, en qualité de fille adoptive du défunt (Paris, 22 prairial an XI. J. P., 2e. de l'an XI, pag. 537.— *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 7).

Par la même raison que l'authenticité de l'acte est la seule condition requise pour la validité des adoptions faites sous l'empire de la loi du 18 janvier 1792, il a été décidé :

1°. Que l'adoption faite en l'an III par acte authentique, d'une fille mineure, sans son con-

cours et sans celui de son père était valable(*Cass.*, sect. civ., 16 fructidor an XII, cassant un arrêt de la Cour de Dijon, du 9 thermidor an XII. J. P., 3e. de 1810. — *Sirey*, tom. IV, 1re. part., pag. 389. —*Denevers*, tom. III, 1re. part., pag. 8).

2°. Que l'adoption faite à la même époque, devant l'officier de l'état-civil, par une femme majeure, sans l'autorisation de son mari, était également valable (*Cass.*, sect. civ., 13 décembre 1809, rej. le pourv., contre un arrêt de la Cour de Riom du 7 août 1806. J. P., 1er. de 1810, pag. 164.—*Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 82. — *Denevers*, tom. VII, 1re. part., pag. 528).

Il convient d'observer que, dans cette dernière espèce, l'adoptante mariée en pays de droit écrit, s'était réservé tous ses biens comme paraphernaux; qu'elle en avait la libre disposition; qu'ainsi elle était capable de tous les engagemens et de toutes les libéralités qui pouvaient suivre l'adoption. Ce motif fut un de ceux qui déterminèrent la Cour de Riom : mais la Cour de cassation ne crut pas devoir le rappeler, parce qu'en effet si la femme n'eut point eu de paraphernaux, elle n'eut pu engager, il est vrai, ses biens de son vivant, par l'acte d'adoption, au préjudice des droits de son mari ; mais elle n'en eût pas moins assuré à l'adopté des droits sur la succession ; et l'acte d'adoption eût été valable à cet égard, comme pouvant produire ses effets après la mort de la femme.

SECTION III.

Des personnes qui pouvaient adopter en France.

556. *L'étranger pouvait-il adopter ?*
557. *L'aïeul pouvait adopter son petit-fils.*
558. *L'existence d'enfans ou descendans légitimes, au jour de l'adoption, n'était point un obstacle à l'adoption.*
559. *L'art. 1er. de la loi du 25 germinal an XI était applicable aux adoptions faites dans les pays réunis à la France, depuis leur réunion, et avant la promulgation du Code civil ?*

556. L'adoption étant une invention du droit civil, propre à la cité ou à l'Etat qui s'est donné cette institution, il est clair que l'étranger, s'il n'a point été admis expressément à jouir du bénefice de cette institution ou du moins à participer aux mêmes droits civils que le Français, ne peut y prétendre, soit pour adopter, soit pour être adopté. Ainsi la condition d'être Français, pour être capable, soit activement, soit passivement de l'adoption, a été nécessairement sous-entendue par la loi du 18 janvier 1792; au moins, tant que l'exécution des lois favorables à l'étranger, et notamment du décret du 8 avril 1791 a été suspendue par la guerre; et l'art. 1er. de la loi du 25 germinal an XI ne peut pas être réputé avoir dérogé à cette condition tacite, inhérente à toute institution purement civile. Il n'importe que l'adoptant ou l'adopté soit devenu Français depuis l'adoption. C'est le cas d'appliquer la règle catonienne, *quod ab initio nullum est ratum fieri non potest* (Besançon, 18 janvier 1808. J. P., 3e. de

1809, pag. 77. — *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 773). Dans l'espèce, l'adoption avait été faite en faveur d'enfans d'émigrés, qui, à ce titre, pouvaient être considérés eux-mêmes comme émigrés, suivant les lois des 28 mars 1793 et 25 brumaire an III. Dans la discussion, on les considèra seulement comme étrangers. La Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt (sect. des req., 6 octobre 1808. J. P., 1[er]. de 1809, pag. 148.—*Sirey*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 21.—*Denevers*, tom. VI, 1[re]. part., pag. 511). Mais la cause fut traitée sous d'autres points de vue que nous examinerons plus loin; et le ministère public ne s'occupa pas de cette difficulté, comme il eut pu le faire d'office, puisque c'était une question d'ordre public.

557. Mais entre Français l'adoption était toujours permise : ou, pour nous exprimer plus exactement, elle ne souffrait d'autres limites que celles qu'y pouvaient apporter les lois françaises ou les bonnes mœurs.

Ainsi, bien que l'adoption soit une imitation de la nature (1); bien que, sous ce point de vue, un aïeul semble ne pouvoir adopter pour son fils celui qui, étant déjà son petit-fils, vient occuper le rang de fils, par le prédécès de son père ou de sa mère qu'il représente; bien que par une telle adoption l'aïeul puisse avantager, contre la prohibition de la loi, un des enfans de son fils

---

(1) Est æmula naturæ, seu naturæ imago. L. 23, ff. *de Lib. et posth.*

prédécédé, en lui donnant le moyen de succéder pour une tête entière, comme enfant adoptif, au lieu de succéder par souche avec ses frères et sœurs; cependant, on a dû juger qu'une semblable adoption, faite sous l'empire de la loi de 1792, était valable, quelque avantage indirect qui en résultât pour le petit-fils, au préjudice de ses cohéritiers; parce qu'elle n'offre rien de contraire aux bonnes mœurs, et que les adoptions faites sous cette loi n'ont été soumises à aucune autre condition que l'authenticité de l'acte, suivant la loi du 25 germinal an XI (Arrêt précité, n°. 556, de Cassation, du 6 octobre 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de Besançon). Mais, dans l'espèce, on n'eut point à discuter la question d'avantages indirects, parce que les petits-enfans adoptés avaient été réduits par le testament de l'adoptant à des legs modiques; et on jugea que ces legs contenaient réglement de leurs droits; faute d'un réglement positif fait par l'acte d'adoption.

558. Le Code civil ne permet l'adoption qu'aux personnes qui n'ont, au moment de l'adoption, ni enfans ni descendans légitimes: mais cette condition ne s'applique point aux adoptions faites sous l'empire de la loi de 1792. Ainsi les adoptions faites avant le Code civil sont valables, bien que l'adoptant eût des enfans ou descendans légitimes au jour de l'acte d'adoption. C'est encore une conséquence nécessaire de l'art. 1er. de la loi du 25 germinal an XI (*Cass.*, sect. civ., 24 juillet 1811, cassant un arrêt de la Cour de Toulouse du 9 août 1809. J. P., 2e. de 1811, pag. 465. — *Sircy*,

tom. XI, 1[re]. part., pag. 329. — *Denevers*, tom. IX, 1[re]. part., pag. 373 ; et induction de l'arrêt de Cassation du 6 octobre 1808, déjà cité, n[os]. 556 et 557, dans l'espèce duquel l'aïeul adoptant avait des enfans légitimes, et où cette circonstance n'a pas même été présentée comme un obstacle à l'adoption).

559. Plusieurs pays réunis à la France depuis 1792 admettaient l'adoption ; les uns en vertu des lois romaines, qui les régissaient sur les matières où leurs coutumes et statuts locaux gardaient le silence ; les autres en vertu de statuts locaux, qui leur étaient particuliers. Dans le Brabant, par exemple, les adoptions, quoique pratiquées rarement, n'y étaient cependant pas inusitées ; et, au témoignage de Stochmans, *décis.* 69, quand elles y avaient lieu, le mode et les effets en étaient réglés par le droit romain. L'adoption était également connue dans le comté de Nice, avant sa réunion à la France. Elle y était réglée par la loi romaine, qui régissait ce pays, et qui lui tenait lieu de statut local.

Il s'est élevé, à l'égard de ces pays, une question générale relativement aux adoptions. Il s'est agi de savoir si l'art. 1[er]. de la loi du 25 germinal an XI était applicable aux adoptions qui y avaient été faites depuis leur réunion à la France, et avant la promulgation du Code civil ; si par conséquent l'authenticité de l'acte suffisait à la validité de ces adoptions ; et si les conditions et le mode prescrits par les lois romaines ou les statuts locaux de ces pays n'y étaient pas en outre requis.

La Cour de Bruxelles (12 juillet 1806. J. P. 2e. de 1806, pag. 555.—*Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 166.—*Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 190) a jugé qu'une adoption faite sur les registres de l'état-civil de Bruxelles, le 19 pluviose an X, par un père qui avait des descendans légitimes, était nulle: « attendu que dans l'esprit, comme dans les dispositions des lois romaines, sauf quelques exceptions déterminées par des motifs particuliers, celui qui avait des descendans légitimes ne pouvait adopter; — Attendu que la loi transitoire du 25 germinal an XI ne peut s'appliquer qu'aux pays où le principe de l'adoption avait été introduit par la loi du 18 janvier 1792, *et non à ceux où il existait précédemment*, et où il était régi par une législation qui établissait les rapports et les effets de l'adoption au moment où elle se faisait». Il faut remarquer que, dans cette espèce, les enfans adoptés paraissaient le fruit d'un commerce incestueux : ce qui a pu influer beaucoup sur la décision des juges. De plus, la Cour posait aussi en fait, dans ses motifs, que les lois du 18 janvier 1792 et du 16 frimaire an III n'avaient pas été publiées dans les départemens réunis. Cette dernière circonstance, seule, suffit pour justifier l'arrêt, puisque les lois ne peuvent devenir obligatoires dans un lieu que du jour qu'elles y sont connues, qu'elles y ont été promulguées.

Mais la même circonstance ne se rencontrait point dans l'espèce que nous allons citer. Une adoption avait été faite dans le pays de Nice, le 8 février 1795, postérieurement à la réunion de

ce pays à la France, et à la publication qui y fut faite des lois françaises; l'adopté était fils adultérin de l'adoptant. Le tribunal de Nice annulla l'adoption, attendu qu'on avait dû se conformer aux statuts locaux et conséquemment à la loi romaine qui prohibait l'adoption des enfans adultérins. Mais la Cour d'Aix (Arrêt du 10 janvier 1809. — *Sirey*, tom. IX, 2ᵉ. part, pag. 258) maintint l'adoption quoique contraire à la loi romaine; et la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt (sect. civ., 12 novembre 1811. J.P., 2ᵉ. de 1812, pag. 95.—*Sirey*, tom. XIII, 1ʳᵉ.part., pag. 424.—*Denevers*, tom. X, 1ʳᵉ. part., pag. 73), « attendu que la loi du 25 germinal an XI porte, en termes absolus et généraux etc. (*Voyez* l'art. 1ᵉʳ. de cette loi cité nº.554); attendu que cette disposition, si positive en elle-même, se lie d'ailleurs à des motifs trop puissans de tranquillité et d'ordre, pour qu'il puisse être permis de la modifier par des exceptions et des distinctions qui n'ont pas été dans la pensée du législateur, puisqu'il ne les a pas exprimées; — Attendu que cette loi embrasse dans sa généralité et l'ancien territoire de la France, et les pays réunis quant aux adoptions qui y ont eu lieu depuis leur réunion, et après la publication des lois qui en avaient proclamé le principe, quelle que fût, dans ces pays réunis, la législation qui les gouvernait antérieurement, parce que, par un effet nécessaire de leur réunion et de la publication des lois françaises qui y a été faite, cette législation antérieure a cessé d'exister...».

Ces deux arrêts se concilient par la différence des circonstances relativement à la promulgation des lois de 1792 et de l'an III sur l'adoption.

Le dernier offre cependant un point de vue sous lequel nous le critiquerons plus bas (n°.563), en ce qu'il n'a point regardé la qualité d'enfant adultérin comme un obstacle invincible à l'adoption par son père.

SECTION IV.

Des personnes qui pouvaient être adoptées.

560. *L'étranger pouvait-il être adopté en France ?*
561. *Validité de l'adoption d'un mineur impubère, quoique faite sans son consentement et sans celui de son père, et quoique non acceptée du vivant de l'adoptant.*
562. *Validité de l'adoption d'un enfant naturel.*
563. *Invalidité de l'adoption d'un enfant adultérin ou incestueux.*

560. La condition de la qualité de français, pour être capable d'adopter ou d'être adopté, a déjà été expliquée au n°. 556.

561. On sait que le droit romain admettait deux sortes d'adoption : l'adoption de ceux qui étaient en puissance d'autrui ; elle se faisait par l'autorité du magistrat : et l'adoption de ceux qui étaient à leurs droits *sui juris;* elle se faisait par rescrit du Prince. La première s'appelait proprement adoption, et la seconde, adrogation. L'une ne pouvait avoir lieu sans le consentement du père ou de l'aïeul sous la puissance duquel était l'adopté ; l'autre, sans le consentement de l'adopté même qui était à ses droits. Si ce der-

nier était impubère, son consentement ni celui de son tuteur n'étaient suffisans pour valider l'adrogation. Antonin fut le premier qui permît qu'elle se fît par rescrit du Prince, en pleine connaissance de cause, et avec d'autres conditions qu'il est inutile d'exposer ici. Ces règles étaient conformes à l'équité : car, d'un côté, nul ne peut être enlevé à la puissance d'un autre, sans le consentement de celui-ci; et d'un autre côté, une personne qui n'est plus sous la puissance d'autrui, ne peut y retomber, sans son propre consentement. Enfin, ni l'impubère ni son tuteur ne sont capables de donner un tel consentement qui tend à une sorte d'aliénation de la personne.

De ces maximes tracées dans le droit romain on aurait peut-être cru devoir induire, dans le silence de la législation transitoire, que les personnes qui étaient à leurs droits ne pouvaient être adoptées sans leur propre consentement; que celles qui n'y étaient pas, dans les pays où la puissance paternelle avait lieu, ne pouvaient être adoptées sans le consentement de leur père, ou aïeul, ayant cette puissance sur eux; et que le mineur impubère, étant à ses droits, ne le pouvait pas, même avant le consentement de son tuteur. Mais le contraire a été jugé, avec raison, par une juste application de l'art. 1er. de la loi du 25 germinal an XI (cité n°. 554). Ainsi l'adoption d'un mineur, même impubère, a été déclarée valable, quoique faite sans son consentement et sans celui de son père, et quoique non

acceptée d'eux du vivant de l'adoptant (*Cass.*, sect. civ., 16 fructidor an XII, cassant un arrêt de la Cour de Dijon du 9 thermidor an XII. J.P., 3e. de 1810, pag. 161.—*Sirey*, tom. IV, 1re. part., pag. 389. — *Denevers*, tom. III, 1re. part., pag. 8. — Besançon, 4 août 1808. J. P., *ibid.* — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 264).

562. Les enfans naturels ont-ils pu être valablement adoptés sous l'empire de la loi de 1792? Cette question a été reproduite plusieurs fois devant les Cours, même depuis la loi transitoire du 25 germinal an XI. On a dit, pour la négative, que la loi transitoire avait mis à l'abri de toute atteinte les adoptions antérieures *quant aux formalités seulement*, et non quant aux règles de capacité des personnes essentiellement inhérentes à la nature de l'adoption; que l'adoption qui n'est que l'image de la filiation, ne peut pas être admise là où existe la réalité. *Veritas ubi habetur, ibì non opus est fictionis; nec fictio cum veritate convenit.* Décius, sur la loi 5, ff. *de reg. jur.*; que, dans le dernier état de la législation romaine, l'adoption des enfans naturels n'était plus permise, d'après la loi 7, *C. de natural. lib.*, par laquelle l'empereur Justin ordonna que, pour l'avenir, la loi d'Athanase demeurât comme non avenue; que désormais quiconque voudrait avoir des enfans légitimes fût obligé de se marier, et que toute adoption d'enfans naturels, même autorisée par lettres du Prince, fût réputée contraire aux bonnes mœurs, et restât sans effet. On ajoutait que l'empire des bonnes mœurs doit être le

même dans tous les tems, et que tout ce qu'elles prescrivent doit être sous-entendu dans les lois qui n'ont pas de dispositions expressément contraires.

Mais il faut répondre, pour l'affirmative, que l'autorité des lois romaines n'était d'aucun poids dans la question ; que d'abord, sous le point de vue des bonnes mœurs, les lois romaines pouvaient être opposées à elles-mêmes, puisque, à différentes époques, elles ont permis aux pères d'adopter leurs enfans illégitimes, ainsi qu'on le voit par les lois 15 et 46 ff. *de adoptionibus*, et par les lois 8 et 46 au Code ; et qu'en second lieu, sous le rapport de la jurisprudence, les lois romaines, sur l'adoption, étant inusitées en France, lorsque l'adoption y a été introduite, en 1792, elles ne peuvent concourir, comme droit, à modifier la simplicité du principe consacré par la loi de germinal an XI pour l'interprétation de la loi du 18 janvier 1792 ; que ce principe, fondé sur des considérations politiques, a eu pour objet de valider, autant qu'il était possible, toutes les adoptions faites sur la foi de la loi de 1792 ; que c'est par cette raison que l'art. 1er. de la loi de germinal an XI maintient toutes adoptions par actes authentiques faites depuis le 18 janvier 1792, jusqu'à la publication du Code civil, quand elles n'auraient été accompagnées d'aucunes *des conditions* depuis imposées pour adopter et être adopté ; que ces conditions doivent s'entendre non-seulement des formalités de l'acte mais encore des conditions de capacité entre les

parties. Et c'est dans ce dernier sens que les arrêts ont, avec raison, décidé la question (*Cass.*, sect. civ., arrêt précité du 16 fructidor an XII. — *Id.*, sect. des req., 24 novembre 1806, rej. le pourvoi contre un arrêt de Caen du 6 thermidor an XIII. J. P., 1er. de 1807, pag. 129. — *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 586. — *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 662. — Riom, 21 avril 1809. J. P., 3e. de 1810, pag. 210. — *Cass.*, 24 juillet 1811, cassant un arrêt de la Cour de Toulouse du 9 août 1809. J. P., 2e. de 1811, pag. 465. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 329. — *Denevers*, tom. IX, 1re. part., pag. 373. — Toulouse, 5 mars 1817. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 252).

563. La même décision doit-elle avoir lieu à l'égard des adoptions d'enfans adultérins ou incestueux faites sous l'empire de la loi de 1792? Nous avons déjà cité (no. 559) un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1811, qui, rejetant le pourvoi contre un arrêt d'Aix du 10 janvier 1809, a jugé l'affirmative. Mais la Cour de cassation revenant à un avis, plus sage, selon nous, a consacré la doctrine contraire (sect. civ., 23 décembre 1816, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Nancy du 18 août 1814. J. P., 2e. de 1817, pag. 225. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 164. — *Denevers*, tom. XV, 1re. part., pag. 65). « Considérant, a-t-elle dit, que l'incapacité des bâtards adultérins les à toujours fait exclure, tant dans l'ancienne que dans la nouvelle législation, de l'exercice des droits de filiation et de successibilité; — Qu'ils n'ont eu constamment

droit qu'à des alimens ; — Que, quelque favorable qu'ait été aux enfans naturels la loi du 12 brumaire an II, elle a maintenu l'incapacité absolue des enfans adultérins, en les réduisant à des alimens ; — Que cette incapacité a été formellement maintenue par le Code civil, qui a défendu la reconnaissance des bâtards adultérins, et même leur légitimation par mariage subséquent ; — Qu'on ne peut supposer que le législateur, qui a si solennellement consacré l'incapacité absolue des bâtards adultérins pour acquérir des droits de filiation et de successibilité, se soit mis en opposition avec lui-même, en étendant à ces bâtards la voie indirecte de l'adoption, au préjudice des enfans nés dans le légitime mariage ; — Considérant que cette incapacité annulle l'adoption dans son essence, et s'oppose par conséquent à ce qu'une pareille adoption produise aucun effet, quant aux droits de filiation et de successibilité ; — Que la loi transitoire du 25 germinal an XI s'est bornée à valider les adoptions à l'égard desquelles on n'aurait pas rempli les conditions postérieurement imposées par le Code civil ; — Qu'il ne s'agit, dans l'espèce, de l'omission d'aucune de ces conditions prescrites par les art. 343, 344, 345 et 346 du Code, mais bien d'une incapacité absolue qui a vicié l'adoption dans son essence ; — Que, quant à cette incapacité, la loi transitoire du 25 germinal an XI a laissé les choses dans les termes du droit commun ».

Cependant, depuis cet arrêt, la Cour de Bordeaux (18 février 1821. *Sirey*, tom. XXII, 2e.

part., pag. 220) a jugé valable l'adoption d'un enfant adultérin faite par son père sous l'empire de la loi de 1792. La Cour s'appuie principalement sur les motifs exposés par le conseiller d'Etat, qui proposa la loi de germinal an XI. « Toutes les adoptions, y est-il dit, consommées avant la promulgation du Code, devront obtenir leur effet sans consulter la loi nouvelle et sans examiner *si l'adoptant était d'ailleurs capable de conférer le bénéfice de l'adoption, ou l'adopté capable de le recevoir;* car l'un et l'autre étaient habiles; puisque la législation ne contenait alors aucune prohibition, et n'offrait au contraire qu'une autorisation indéfinie. » On avait objecté que, sous le droit intermédiaire, les enfans naturels avaient été appelés à succéder comme les enfans légitimes; qu'au contraire les bâtards adultérins avaient été réduits expressément à des alimens; ce qui marquait suffisamment que le législateur, malgré sa tolérance pour les enfans naturels simples, conservait les anciennes doctrines pour repousser les adultérins de la succession de leurs auteurs, même à titre de dispositions gratuites. La Cour de Bordeaux répond à cette objection que la loi du 12 brumaire an II, en fixant les droits des enfans naturels et les alimens dus aux bâtards adultérins, ne leur a pas interdit les moyens d'acquérir à un autre titre; que cette loi parle d'eux dans leur qualité primitive, mais ne les frappe pas de l'incapacité d'obtenir une qualité plus avantageuse. Quant aux autres motifs, ils sont semblables à ceux que nous

avons déjà exposés, pour l'affirmative, à l'égard des enfans naturels simples (n°. 562) : ils reposent sur l'interprétation de l'art. 1er. de la loi de germinal an XI; seulement la Cour de Bordeaux fait à tort l'application de cet article aux enfans adultérins.

Les motifs de cet arrêt nous paraissent réfutés victorieusement par ceux de l'arrêt de Cassation, qui viennent d'être relatés. Ajoutons, à l'appui du système de la Cour de cassation, que les lois générales, ne sont jamais réputées déroger aux lois spéciales, si elles ne l'ont fait expressément; que les adultérins ont été gouvernés constamment dans l'ancien droit, dans le droit intermédiaire, comme ils le sont encore sous le Code, par une législation spéciale, qui les rend incapables de recueillir aucune succession, aucune donation de la part de leurs auteurs, et qui réduit à des alimens tous leurs droits et leur capacité de recevoir; que cette législation spéciale est fondée sur des motifs si puissans d'ordre public et de morale, que c'est à son égard surtout qu'il n'est pas permis de croire facilement que le législateur ait voulu y déroger par des dispositions générales où il ne s'est pas occupé expressément des enfans adultérins; que c'est donc avec cette restriction, commandée si impérieusement par les bonnes mœurs, qu'il faut entendre et la généralité des termes de l'orateur du Gouvernement, et la généralité des termes de la loi de germinal an XI. Au surplus, l'arrêt de la Cour de Bordeaux nous paraît un arrêt de circonstance,

parce que, dans l'espèce, la femme même qui avait à se plaindre de l'adultère de son mari, avait adopté, conjointement avec lui, l'enfant adultérin dont il s'agissait, ensorte qu'elle semblait plutôt approuver la conduite de son mari que la condamner, ou du moins avoir cherché dans l'adoption, un moyen de se consoler de n'avoir pas eu elle-même d'enfans, ou de n'en avoir pas conservé : circonstance qui a pu déterminer la Cour de Bordeaux à l'indulgence qu'elle a montrée dans cet arrêt.

SECTION V.

Des effets de l'adoption faite sous le régime intermédiaire.

564. *Tant que celui qui a été adopté en minorité n'avait point renoncé à l'adoption, elle produisait à son égard tous ses effets.*

565. *La donation ou le legs fait par l'adoptant à l'adopté devait-elle être considérée comme un réglement de droits de celui-ci ?*

566. *De la limitation ou de la révocation des clauses insérées dans l'acte d'adoption.*

567. *L'adopté avait le droit de demander la réduction des avantages faits, depuis l'adoption, par la mère adoptive à son second mari.*

564. On a vu (n°. 561), que l'adoption faite sous le régime transitoire, était valable, quoique faite au profit d'un mineur ou même d'un impubère, et non dûment acceptée, du vivant de l'adoptant. Mais la loi ou la jurisprudence, en le décidant ainsi, ont entendu favoriser l'adopté, et

non lui nuire, surtout s'il était mineur lors de l'acte d'adoption.

Aussi l'art. 2 de la loi transitoire de germinal an XI porte-t-il: « Pourra néanmoins celui qui aura été adopté en minorité, et qui se trouverait aujourd'hui majeur, renoncer à l'adoption dans les trois mois qui suivront la publication de la présente loi. — La même faculté pourra être exercée par tout adopté aujourd'hui mineur, dans les trois mois qui suivront sa majorité ».. ..

De ces dispositions, des héritiers légitimes avaient conclu qu'ils pouvaient retenir la succession de l'adoptant, au préjudice de l'adopté, tant que celui-ci n'avait pas atteint l'âge de 21 ans, sous le prétexte que, jusqu'à cette époque, il avait la faculté de renoncer à l'adoption, et qu'ainsi l'adoption faite sous l'empire de la loi du 18 janvier 1792 ne pouvait jusqu'alors produire des effets définitifs et irrévocables. Mais on a jugé avec raison que cette faculté de renonciation introduite en faveur du mineur ne pouvait lui nuire; et que, jusqu'à ce qu'il l'exerçat, l'adoption devait produire à son égard tous ses effets (Paris, 9 nivose an XIII. *Sirey*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 772).

565. L'art. 3 de la même loi de germinal, dit: « Les adoptions auxquelles l'adopté n'aura point renoncé, produiront les effets suivans: — Si ces droits ont été réglés par acte ou contrat authentique, disposition entre-vifs ou à cause de mort, faits sans lésion de légitime d'enfant, transaction ou jugement passé en force de chose jugée, il ne sera porté atteinte auxdits acte, contrat, dispo-

sition, transaction ou jugement, lesquels seront exécutés selon leur forme et teneur ».

Quand l'adoptant, en faisant une donation ou un legs à l'adopté, ne s'est point expliqué sur l'intention de réduire ou non les droits de l'adopté à cette disposition, doit-on considérer la disposition comme un réglement des droits de l'enfant adoptif, qui ne lui permet pas de réclamer autre chose sur la succession de l'adoptant? La Cour de Besançon s'est décidée pour l'affirmative (18 janvier 1808. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 773) : et la Cour de cassation, section des requêtes, a rejeté le pourvoi contre cet arrêt (6 octobre 1808. J.P., 1er. de 1809, pag. 148. — *Sirey*, tom. IX, 1re. part., pag. 21. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 511). Mais on sent que cette question doit toujours se décider par les circonstances, puisqu'il s'y agit d'interpréter l'intention de l'adoptant, de savoir s'il a entendu régler par la donation les droits de l'adopté. Et c'est en effet par des circonstances que la Cour de Besançon s'est déterminée ; et, le fait étant ainsi jugé par elle, la Cour de cassation, qui n'est pas juge du fait, n'a pu que rejeter le pourvoi.

566. On a jugé avec raison, dans la même cause, que la clause de l'acte d'adoption portant que l'adopté *entrerait dans tous les biens meubles et immeubles, de quelque nature et espèce qu'ils fussent, en conformité des lois*, ne fixait pas irrévocablement, *quant à la quotité*, les droits de l'enfant adoptif; et n'empêchait pas, par conséquent, de les limiter par une disposition ultérieure. Il faut dire la même chose de la déclara-

tion à-peu-près semblable qui se trouvait dans le modèle des actes d'adoption adressé aux municipalités par le gouvernement.

Mais s'il était permis de limiter ultérieurement, une disposition d'adoption faite dans des termes aussi vagues et aussi généraux, il ne l'était pas de la révoquer d'une manière absolue. L'art. 2 de la loi de germinal donne bien à l'adopté le pouvoir de renoncer à l'adoption ; mais aucun article de cette loi ne donne à l'adoptant le pouvoir de la révoquer. Et la raison de cette différence est qu'il est bien permis à des enfans de renoncer à leur qualité d'héritier, mais qu'il ne l'est pas à un père de deshériter absolument ses enfans ; que d'ailleurs, suivant les lois françaises, comme suivant les lois romaines, l'adoption n'est pas permise pour un tems limité ; et ce serait la réduire à un tems que de la révoquer. Ainsi un mari et une femme avaient adopté un enfant avec la clause que *l'enfant jouirait, dans la succession des adoptans, de la part héréditaire que la loi pourrait par la suite conférer aux adoptés*. Les adoptans firent devant notaire, en l'an V, une révocation de l'adoption sous prétexte d'ingratitude témoignée par un refus de soins envers la mère adoptive. Citation en conciliation sur cette révocation. Dénégation du refus de soins. Les parties en restèrent là jusqu'à la publication de la loi de germinal an XI. Le mari adoptant était décédé en l'an VIII. La femme remariée fit postérieurement à cette loi, le 6 complémentaire an XI, une nouvelle déclaration qu'elle persistait dans la ré-

vocation. Il fut décidé que la première rétractation était devenue sans effet, parce que la loi de germinal an XI l'avait anéantie, en refusant aux adoptans le droit de révoquer les adoptions; et parce que cette rétractation n'avait pas été acceptée par l'adopté; qu'à l'égard de la déclaration de la femme qu'elle persévérait dans la première rétractation, elle ne pouvait équivaloir à la réduction autorisée par l'art. 4 de la loi de germinal; et que, ne remplissant pas le vœu de la loi, elle était nulle (*Cass.*, sect. des req., 26 avril 1808, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Riom. J. P., 2ᵉ. de 1808, pag. 113. — *Sirey*, tom. VIII, 1ʳᵉ. part., pag. 333. — *Denevers*, tom. VI, 1ʳᵉ. part., pag. 208).

567. On contestait aussi dans cette cause à l'enfant adopté le droit de demander la réduction des avantages faits depuis l'adoption par la mère adoptive à son second mari.

On disait que les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivose an II ne limitaient les dispositions entre époux que pour le seul cas où les époux avaient un ou deux enfans de leur union ou d'un précédent mariage; qu'ainsi la faculté de demander la réduction ne pouvait appartenir qu'aux enfans naturels et légitimes, et non aux enfans adoptifs, qui n'étaient pas nés de l'union des époux, ni d'un précédent mariage. Mais on a décidé, avec raison, que la loi de germinal an XI ayant accordé aux enfans adoptifs tous les droits de successibilité qui appartiendraient à un enfant légi-

time, l'effet de cette assimilation a dû être d'étendre aux enfans adoptifs le droit de réduire à l'usufruit de moitié, conformément à la loi du 17 nivose, les avantages faits par l'adoptant à son conjoint, sous l'empire de cette loi (Arrêt précité, n°. 566, de la Cour de cassation, du 26 avril 1808).

CHAPITRE III.

De l'adoption sous le Code civil.

Des personnes qui peuvent adopter. — Des personnes qui peuvent être adoptées. — Des effets de l'adoption.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent adopter.

568. *L'étranger peut-il adopter en France ?*
569. *On peut adopter successivement plusieurs enfans.*

568. La question de savoir si l'étranger peut, en France, adopter un Français, sera résolue plus bas (n°. 570), par les principes que nous établirons sur la question de savoir s'il peut être adopté par un Français. C'est à cette dernière question que nous renvoyons l'examen des principes, parce que c'est sur elle seule que la jurisprudence a eu occasion de prononcer.

569. Suivant l'art. 343 du Code, l'adoption n'est permise qu'aux personnes qui n'ont, à l'époque de l'adoption, ni enfans, ni descendans légitimes. D'un autre côté, l'adopté a sur la succes-

sion de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage (art. 350 du C. C.). Suit-il de la combinaison de ces deux articles que, sitôt qu'une personne a adopté un enfant, elle ne puisse en adopter d'autres ? M. Toullier pense que l'existence d'un enfant adopté n'est pas, comme l'existence d'un enfant ou descendant légitime, un obstacle à l'adoption d'autres enfans ; et il fonde cette opinion sur l'art. 348 du Code civil, qui prohibe le mariage « entre *les* enfans adoptifs d'un même individu ». Mais comme on peut adopter plusieurs enfans à la fois et par le même acte, cet article ne serait pas un argument invincible. Néanmoins nous pensons, avec M. Toullier, qu'une personne qui n'a ni enfans ni autres descendans légitimes peut adopter successivement plusieurs enfans, par cela seul que la loi ne le prohibe pas expressément. Et la Cour de Bourges l'a ainsi jugé (21 frimaire an XII. *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 65).

SECTION II.

Des personnes qui peuvent être adoptées.

570. *L'étranger peut-il être adopté en France ?*
571. *L'enfant naturel peut être adopté :*
572. *Mais non l'enfant adultérin ou incestueux.*

570 Un étranger peut-il aujourd'hui être adopté par un Français ? Nous avons décidé la question négativement (nos. 556 et 560) pour les adoptions faites sous l'empire de la loi du 18

janvier 1792 ; et nous en avons donné pour motif que, l'adoption étant une institution de pur droit civil, il fallait être Français pour être admis, en France, au bénéfice de cette institution, parce que les étrangers y étaient seulement capables, tant activement que passivement des contrats du Droit des gens. A l'appui de notre opinion, nous avons cité un arrêt de la Cour de Besançon, du 18 janvier 1808.

Le Code civil vint apporter quelques modifications au droit sur les étrangers. L'art. 11 porte : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». De cet article il suit que l'étranger qui appartient à une nation dont les lois permettent aux nationaux d'y adopter un français pourra lui-même être adopté en France, par un français, et y jouir, à ce titre, de *tous les droits civils* que confère l'adoption. Si l'adoption conférait en outre des droits politiques, tels que la qualité de Français, le droit de participer aux élections, et d'être élu député en payant la somme de contributions directes requise par nos lois, ou enfin d'aspirer à quelques fonctions publiques pour lesquelles la condition d'être Français est essentiellement requise, il n'est pas douteux que l'étranger adopté n'y pourrait prétendre, parce que l'art. 11 du Code n'établit la réciprocité entre le français et l'étranger qu'à l'égard des droits civils. Mais l'adoption ne confère à l'adopté ni la

qualité de français ni aucuns droits politiques : car l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits (art. 348 du C. C.). Il continue donc de demeurer étranger, comme sa famille naturelle, à laquelle il continue d'appartenir. Il prend néanmoins le nom de l'adoptant, qu'il ajoute à son nom propre (art. 347) ; ce qui ne suffit pas pour le constituer Français, sans lettres de naturalisation. Il se forme entre lui et l'adoptant des obligations réciproques d'alimens, des empêchemens de mariage, qui s'étendent, par affinité entre les autres enfans adoptifs ou légitimes de l'adoptant et lui. Il acquiert sur la succession de l'adoptant les mêmes droits de successibilité que s'il fut né de lui en mariage. Mais ces obligations, ces empêchemens, et ces droits sont tous effets du droit civil, dont on ne peut conclure aucune communication des droits politiques, parce que ceux-ci ne sont pas la conséquence nécessaire de ceux-là. L'adoption ne conférant donc que des droits civils, peut donc être l'objet de la réciprocité établie par l'art. 11 du Code civil. La question a été ainsi décidée en faveur d'un Badois, après attestation fournie, que, suivant les lois et la jurisprudence du pays de Bade, il est permis aux Badois d'adopter un Français (Colmar, audience solennelle, 28 juillet 1821. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 288).

Nous ajouterons que l'adoption ne conférant ni la qualité de français, ni aucuns droits politiques, mais seulement des droits purement civils,

dont le principal est le droit de successibilité, tout étranger a pu être adopté par un français depuis la loi de 1819, qui non seulement a aboli le droit d'aubaine et de détraction, mais a en outre admis tout étranger à succéder, en France, à son parent français ou étranger, sauf la réserve ordonnée par l'art. 2 de cette loi.

571. L'enfant naturel simple peut-il être valablement adopté sous le Code par le père ou la mère qui l'ont reconnu ? La loi transitoire du 25 germinal an XI a bien décidé, comme nous l'avons vu (n°. 562), la question à l'égard des adoptions qui ont eu lieu depuis la loi du 18 janvier 1792 jusqu'à la publication du Code. Mais cette loi, et les arrêts qui l'ont appliquée dans ce sens ne peuvent être d'aucun argument sous le Code. En effet, la loi du 18 janvier 1792 était la première qui eût introduit en France l'adoption. Avant elle, l'adoption n'était en usage ni dans nos pays de droit écrit, ni dans nos pays coutumiers ; et cette loi s'était bornée à en déclarer le *principe*, sans en régler les *conditions*, le *mode*, ni les *effets*. Ce fut par le motif de l'insuffisance et du vice de cette loi que celle du 25 germinal an XI décréta que « toutes adoptions faites jusqu'à nos nouvelles lois, qui ont fixé ces conditions, ce mode, ces effets, seraient valables, *quand même elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions depuis imposées pour adopter et être adopté* » : ainsi la question reste entière sous le Code. La Cour de Paris, par arrêt

du 15 germinal an XII (J. P., 2e. de l'an XII, pag. 107. — *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 114), celle de Nîmes, par arrêts des 18 floréal et 3 prairial même année (J. P., *ibid.*, pag. 302. — *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 548), et par un autre arrêt du 30 décembre 1812, dont nous parlerons plus loin, ont décidé que l'enfant naturel ne pouvait, sous le Code civil, être adopté par le père ou la mère qui l'avait reconnu. A l'appui de cette théorie, on dit que l'adoption n'est qu'une imitation de la nature (1), un acte par lequel on reconnaît (2), pour son enfant *celui qui ne l'est pas;* « et qu'il n'y a pas lieu, en effet, d'établir la fiction de la paternité là où la réalité existe (3): qu'accorder cette permission, ce serait encourager les concubinages, en laissant la possibilité de donner à leurs fruits les mêmes résultats qu'aux fruits d'une union légitime : que dès-lors les mœurs doivent faire prohiber ces adoptions ; que telles étaient les lois romaines: que notre Code en a adopté les principes, par la différence qu'il a posée entre les enfans adoptés, qu'il met sur la même ligne que les enfans légitimes, et auxquels il confère les mêmes droits, tandis qu'il ôte aux enfans naturels la qualité d'héritiers (756);

---

(1) Adoptio imitatur naturam, §. 7, *Inst. de Adopt.*

(2) Adoptio est actio solemnis quâ in locum filii vel nepotis adsciscitur is qui naturâ talis non est. *Ibid.*

(3) In omne ferè jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquàm intelligatur; ne imagine naturæ veritas adumbretur (L. 23, ff. *de Lib. et posth.*).

qu'il ne leur accorde qu'une partie de la portion héréditaire qu'ils auraient eue s'ils eussent été légitimes (757) ; qu'il leur défend de rien recevoir au-delà de cette part qu'il vient de leur allouer (908 du C. C.) : qu'enfin, dans les art. 346, 347 et 348, le Code, faisant des rapprochemens entre la famille naturelle et la famille adoptive, on doit en conclure qu'il a voulu que les deux familles existassent.

Pour la négative, on a répondu que notre adoption étant fondée sur des principes nouveaux, n'ayant que peu d'analogie avec celle des Romains, il n'y a point lieu de lui appliquer la législation romaine : que d'ailleurs cette législation a varié à cet égard (*Voyez* ce que nous en avons dit n°. 562) : que notre Code ne contient aucune défense relative à cette adoption (345) : que dès-lors il la permet, par cela même qu'il ne la défend pas, *permittit lex quidquid non vetat* : que cette opinion est confirmée par le retranchement fait lors de la discussion au Conseil-d'Etat d'un article prohibitif (MM. Locré, *Esprit du Code civil*, Merlin, au *Rép. de Jurisp.*) : que dans les art. 756, 757 et 908 la loi ne s'occupe des enfans naturels que tant qu'ils restent simplement enfans naturels, et ne limite pas leurs droits pour le cas où ils acquerraient une autre qualité, celle d'enfans adoptifs : que dans les art. 346, 347 et 348, en faisant des rapprochemens entre la famille naturelle et la famille adoptive, la loi n'a pas voulu exiger que ces deux familles existassent

toujours séparées, mais seulement fixer ce qui devrait avoir lieu quand elles existeraient séparées : que si l'adoption imite la nature suivant l'expression romaine, c'est par la relation de bienfaits qu'elle établit: qu'elle est d'ailleurs soumise à des conditions qui en préviennent l'abus : et qu'enfin l'objection tirée de la morale devient faible, en ce que le pouvoir d'adopter n'est accordé que dans un âge où l'on ne doit guère attendre les fruits d'une union légale; que même il serait contre la morale de proscrire les adoptions d'enfans naturels simples, parce que cette prohibition produirait l'effet d'empêcher beaucoup de reconnaissances d'enfans naturels, par l'espérance qu'on aurait de pouvoir, en ne les reconnaissant pas, éluder plus tard la prohibition de les adopter : qu'ainsi l'esprit de nos lois admet, et le texte ne prohibe pas, l'adoption entre les père et mère et l'enfant naturel reconnu. Et cette opinion, qui nous paraît la plus juste, a été suivie par deux arrêts de la Cour de Bruxelles, des 16 prairial an XII (*Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 41), et 22 avril 1807 (J. P., 2e. de 1807, pag. 42. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 174); par trois arrêts de la Cour de Grenoble, des 28 mars 1808, 19 décembre même année, et 27 mars 1809; les deux derniers rendus par les chambres réunies (*Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 204); par la Cour de Caen (16 février 1811. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 293).

La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi

contre un arrêt de la Cour de Nîmes du 30 décembre 1812, qui avait refusé d'admettre l'adoption faite par un père, sous l'empire du Code civil, de l'enfant naturel qu'il avait reconnu, semble avoir décidé implicitement, par ses motifs, qu'une semblable adoption pouvait avoir lieu : car elle a rejeté le pourvoi « attendu que le demandeur ne proposait aucun moyen tendant à prouver que les formes établies par la loi eussent été violées dans l'espèce ; — Attendu, quant au fond, que, en matière d'adoption, la loi défend aux tribunaux et aux Cours de motiver leurs jugemens et leurs arrêts ;—Attendu que lorsqu'une Cour déclare n'y avoir lieu à adoption, elle peut y être déterminée par les circonstances particulières que l'art. 355 du Code civil autorise et abandonne à la conscience des juges ; — Qu'ainsi des arrêts portant refus d'adoption, dont l'on ne peut connaître les motifs, ne peuvent, quant au fonds, former l'objet d'un pourvoi en Cassation ; d'où la conséquence qu'il était inutile de s'occuper de la question élevée par le demandeur » (*Cass.*, sect. des req., 14 novembre 1815. J. P., 1er. de 1816, pag. 161.—*Sirey*, tom. XVI, 1re. part., pag. 45.—*Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 553).

MM. Toullier, Maleville, Delvincourt, et M. le procureur-général Mourre, sont d'une opinion contraire à la nôtre. Ce dernier, qui porta la parole dans l'affaire jugée par l'arrêt du 14 novembre 1815, citait, de plus, l'opinion verbale de MM. Treilhard et Joubert qui lui ont

souvent dit : *Soutenez, soutenez cette opinion ; elle finira par triompher dans tous les tribunaux.* M. Toullier donne ce même arrêt à l'appui de son opinion, quoique, par les motifs que nous venons de rapporter, la Cour de cassation ait au moins laissé la question indécise, si elle ne l'a pas implicitement décidée comme nous (1). Malgré toutes ces autorités, les raisons que nous avons exposées ne nous permettent point d'abandonner notre avis.

572. Quant à l'enfant adultérin ou incestueux, la négative ne peut être l'objet d'aucun doute sous l'empire du Code civil, parce que l'adultère et l'inceste sont et ont toujours été considérés, en France, comme des crimes, punissables par les lois, à la différence de la simple cohabitation entre homme et femme libres. Celle-ci est seulement réprouvée par les lois et les bonnes mœurs, mais n'est frappée d'aucune peine. L'adoption est une faveur accordée par la loi pour créer entre deux personnes, à l'imitation de la nature, un lien de famille, de parenté et de filiation légitime. Or la loi ne peut être présumée avoir voulu accorder sa faveur pour rendre légitime, par la fiction de l'adoption, un lien qu'elle punit comme criminel. La morale repousse une telle interprétation et la raison n'y pourrait voir qu'une véritable contradiction.

---

(1) M. Toullier dit que cet arrêt a été rendu sur les conclusions de M. Merlin. C'est évidemment une erreur d'impression. Il faut lire de M. Mourre ; *Voyez* Sirey, au lieu cité. M. Merlin, *Rép. de Jurisp.*, pense au contraire qu'une telle adoption est permise.

Nous ne connaissons point d'arrêts rendus sur de semblables adoptions faites sous le Code. Mais, à l'appui de notre opinion, nous pouvons citer les motifs exposés plus haut (n°. 563) de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 décembre 1816; car, bien qu'il n'ait prononcé que sur une adoption régie par la loi transitoire de germinal an XI, ces motifs sont, *a fortiori*, applicables aux adoptions régies par le Code.

SECTION III.

Des effets de l'adoption sous le Code civil.

573. *Les tiers qui ont intérêt à faire annuller l'adoption peuvent attaquer l'arrêt d'adoption, par voie d'action principale, comme simple contrat.*

574. *Pour pouvoir attaquer une adoption en nullité, il n'est point nécessaire d'être héritier réservataire ou d'être héritier légitime.*

575. *De la reconnaissance que le père adoptif ferait de l'adopté pour son enfant naturel.*

576. *L'adopté peut demander le retranchement des donations ou avantages faits au préjudice de sa légitime.*

577. *L'adoption d'un enfant par le donataire n'empêche pas l'effet du droit de retour réservé par le donateur pour le cas de prédécès du donataire, et de ses enfans ou descendans.*

573. L'adoption est un véritable contrat, puisqu'il ne peut se former que par la réunion du consentement de l'adoptant et de celui de l'adopté, et que, en vertu de ce concours de consentement, il produit entre eux des obligations réciproques. Mais, comme contrat du droit civil, sa

validité et ses effets, ont pu être assujettis par le droit civil à certaines formes. Telles sont, entre autres, le jugement du tribunal de première instance qui, après le consentement donné par les parties, et après avoir entendu le procureur du Roi, doit prononcer *il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu* à l'adoption (356 du C. C.) ; et l'arrêt de la Cour Royale qui doit prononcer ensuite : *Le jugement est confirmé*, ou *le jugement est réformé ; en conséquence, il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 357 du Code civil). Ces actes de juridiction sont des actes de juridiction volontaire, en ce sens que les parties y viennent requérir elles-mêmes un jugement conforme à leur vœu unanime, pour l'exécution du contrat fait entr'elles : ils participent de la nature de l'homologation. On demandait autrefois si, pour faire révoquer un acte homologué en justice, il fallait prendre contre le jugement d'homologation les mêmes voies de droit que s'il était contradictoire, c'est-à-dire, s'il fallait en appeler, lorsque c'était une sentence, et l'attaquer par requête civile, lorsque c'était un arrêt. Dunod décide ainsi la question dans son *Traité de l'aliénation de Biens d'église*, pag. 22 : « J'ai vu soutenir qu'il était nécessaire d'appeler des décrets qui autorisent les aliénations des biens d'église et des sentences qui les homologuent. Mais cette prétention a été condamnée par les arrêts du parlement de Besançon ; et elle n'est pas fondée. Le décret et l'homologation, en ce cas, sont des

actes de juridiction volontaire, qui peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits, lorsqu'il est mieux informé, et que l'on procède pardevant lui, par la voie contentieuse. Il en est comme des décrets que l'on donne pour l'aliénation des biens des mineurs, et des envois en possession que l'on accorde aux héritiers institués, lorsqu'on publie les testamens ». Les auteurs du *Répertoire de Jurisprudence*, au mot *Homologation* citent, à l'appui de cette opinion, un arrêt du parlement de Metz, du 5 juillet 1713. Cette opinion de Dunod est parfaitement applicable aux arrêts d'adoption. Ces arrêts n'empêchent point le recours à la juridiction contentieuse de la part des tiers intéressés, avec lesquels ils n'ont point été rendus. Ces tiers, tels que les héritiers naturels et légitimes qui ont intérêt à faire annuller l'adoption, peuvent attaquer l'arrêt d'adoption par voie d'action principale, comme simple contrat ou complément de contrat, sans que l'arrêt puisse être réputé à leur égard avoir force de chose jugée, parce que la force de chose jugée ne s'entend que des choses jugées contentieusement, et non des choses jugées volontairement et sans contradiction (Arrêt de Colmar, du 28 juillet 1821, cité n°. 570).

574. Pour pouvoir attaquer une adoption en nullité, il n'est pas nécessaire d'être héritier à réserve légale, ou d'être héritier légitime. Les collatéraux, les héritiers institués, les donataires ou légataires universels, ou à titre universel, tous

ceux enfin qui ont un intérêt direct à la nullité de l'adoption peuvent l'attaquer. L'adoption, en effet, étant un contrat licite qui a ses effets propres, ne doit pas être considérée comme une donation déguisée, un avantage indirect dont les héritiers à réserve légale aient seuls droit de demander le retranchement. Bien que la successibilité qui en résulte, soit un véritable avantage, cependant ce n'est pas comme avantage que l'adoption doit et peut être attaquée. L'avantage est l'effet et la suite de l'adoption, mais ne l'a constitue pas, n'en forme pas le principal caractère. La preuve c'est que l'institution contractuelle, y équivaut souvent comme avantage, et ne forme pas cependant une adoption. L'adoption ne peut donc être attaquée que comme adoption, dans sa nature propre, dans le caractère, les formes et les conditions qui lui appartiennent: ce qui confirme la proposition que nous venons d'établir (Susdit arrêt de Colmar, du 28 juillet 1821).

575. Sitôt que toutes les formes prescrites pour la validité de l'adoption ont été accomplies, il n'est plus au pouvoir ni de l'adoptant ni de l'adopté de détruire les droits ou obligations qui en résultent. Ainsi en admettant, contre notre opinion (voyez n°. 571), qu'il ne fut pas permis d'adopter son enfant naturel, la reconnaissance même authentique que le père adoptif ferait de l'adopté pour son enfant naturel, postérieurement à l'adoption, ne pourrait être opposée à l'en-

fant, ni lui enlever les effets de l'adoption. Autrement il serait facile à un adoptant de révoquer indirectement son adoption, en reconnaissant frauduleusement l'adopté pour son enfant naturel dans les cas où la famille naturelle de l'enfant est inconnue. Cette question a été jugée à l'égard d'une adoption faite sous le régime transitoire; mais la décision est également applicable aux adoptions faites sous l'empire du Code. Et il importe d'autant plus de la faire connaître que c'est depuis le Code surtout que l'on conteste les adoptions d'enfans naturels (jugement de Paris, rendu sur les conclusions de M. Mourre, 11 ventose an XII. J. P., 2ᵉ. de l'an XII, pag. 100. — *Sirey*, tom. IV, 2ᵉ. part., pag. 113).

576. Un arrêt de la Cour de cassation, du 26 avril 1808, déjà cité nº. 566, a décidé, à l'égard d'une adoption faite sous le régime transitoire que l'adopté ayant sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que s'il fût né en mariage, pouvait, comme l'enfant légitime, demander le retranchement des donations ou avantages faits au préjudice de sa légitime ou de sa réserve légale. La question doit être décidée de même sous l'empire du Code, en vertu de l'art. 350; c'est la conséquence inévitable de l'assimilation de l'adopté à l'enfant né en mariage, quant aux droits de l'adopté sur la succession de l'adoptant. L'adoptant ne peut pas s'en plaindre, parce qu'il a dû prévoir les conséquences de l'adoption; les donataires et légataires ne peuvent, non plus, s'en

plaindre, parce qu'ils ont dû prévoir les conséquences de la loi (Trèves, 22 janvier 1813. J. P., 1er. de 1814, pag. 229. — *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 3.—*Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 12).

577. Doit-on aussi induire de l'assimilation de l'adopté à l'enfant né en mariage que l'adoption d'un enfant par le donataire empêchera l'effet du droit de retour réservé par le donateur, pour le cas du prédécès du donataire et de ses enfans ou descendans. Il n'y a pas ici même raison de décider, parce que si le droit de légitime ou de retranchement est un droit réservé par la loi aux enfans, et qui, par conséquent, doit être interprêté par les termes de la loi, par l'intention du législateur manifestée dans ces termes, le droit de retour conventionnel est au contraire un droit réservé par le donateur, qui ne peut s'interprêter que par les termes dont le donateur s'est servi, et par l'intention qu'il a manifestée, ou qu'on peut lui supposer au moment de cette réserve. Or, un donateur qui n'a parlé dans sa réserve du droit de retour que du donataire et de ses enfans ou descendans, ne peut pas naturellement être supposé avoir pensé aux enfans adoptifs, comme la loi, en donnant expressément à l'enfant adoptif les mêmes droits de successibilité qu'à l'enfant né en mariage, et en instituant ensuite des réserves légales en faveur des enfans nés en mariage. La loi a eu évidemment, dans le Code, la double pensée, de l'enfant adoptif et de l'enfant né en

mariage. Le donateur, au contraire, dans sa réserve de retour, n'a eu que la pensée des enfans naturels et légitimes du donataire, et non celle de ses enfans adoptifs. Ou au moins, cette seconde pensée n'y est pas manifestée comme dans la loi. D'un autre côté, on conçoit qu'un donateur étende son affection du donataire à sa postérité légitime ; et on ne conçoit pas aussi facilement qu'il l'étende à un étranger adopté par le donataire : et comme il ne s'agit ici que d'interpréter la volonté du donateur, ce second motif, joint à l'expression littérale de la réserve, suffit pour limiter l'interprétation à la postérité légitime du donataire. La Cour de cassation l'a ainsi jugé, dans une cause où la donataire n'avait adopté que du consentement du donateur, qui était son époux (*Cass.*, sect. des req., 27 juin 1822, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Pau du 9 mai 1821. —*Sirey*, tom. XXII, 1re. part., pag. 422).

TITRE NEUVIÈME.

De la puissance paternelle.

De la puissance paternelle sous l'ancien droit. — De la puissance paternelle sous le Code civil.

578. *Définition et objet de la puissance paternelle.*

578. La puissance paternelle est un droit que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfans.

Le droit sur la personne consiste en un pouvoir de direction, de surveillance et de correction. Nous n'avons point à nous occuper des questions jugées sur cette partie de la puissance paternelle.

Le droit sur les biens consiste en administration, et en jouissance ou usufruit des biens des enfans.

CHAPITRE PREMIER.

De la puissance paternelle sous l'ancien droit.

579. *De la différence, à ce sujet, entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers.*

580. *Des droits d'un enfant dans le partage de la succession du père, ouverte sous le Code, sur les acquêts, qui, faits au nom du père, en pays de droit écrit, ne provenaient que de l'industrie de cet enfant.*

581. *De l'effet des nouvelles lois sur l'usufruit que des père et mère avaient sur des biens de leurs enfans.*

579. On ne donnait autrefois, en France, le nom

de *puissance paternelle* qu'à celle qui était exercée de la même manière que dans le dernier état du droit romain, ou qui y ressemblait quant à ses principaux effets. Aussi disait-on vulgairement que la puissance paternelle avait lieu dans les pays de droit écrit, et n'avait pas lieu en pays coutumiers.

Cependant plusieurs coutumes l'admettaient avec plus ou moins de modifications. Mais, dans la plupart, elle ne consistait qu'en un droit de garde, ou usufruit sur les biens des enfans jusqu'à un certain âge, qui variait suivant les coutumes, et souvent suivant la qualité, de nobles ou de non nobles, des enfans.

580. Voici quelques questions qui, élevées sur les effets de l'ancienne puissance paternelle, peuvent être encore aujourd'hui de quelqu'intérêt.

Un fils, ayant à partager avec sa sœur la succession de son père ouverte sous l'empire du Code civil, le 5 thermidor an XI, en pays régi auparavant par le droit romain, a prétendu que l'on devait distraire de la succcession, à son profit, des acquêts, qui, bien que faits au nom du père, ne provenaient que du travail, de l'industrie et des opérations commerciales du fils. La Cour de Turin, considérant avec raison qu'une telle prétention de la part d'un fils de famille, qui n'avait point été émancipé, qui avait vécu constamment avec son père, *qui en avait administré le patrimoine*, qui n'avait stipulé aucun contrat en son propre nom, ne rencontrait la faveur d'aucune

loi, a rejeté la demande du fils (Turin, 16 août 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 644). Et en effet, dans l'espèce, le fils ayant toujours administré les biens du père, n'ayant pas quitté la maison paternelle, et ne prouvant pas qu'il eût jamais eu un patrimoine personnel, ne pouvait être réputé avoir rien gagné qu'à l'aide des deniers et du crédit du père, et par conséquent qu'avec la substance du père, suivant le langage des lois, *ex substantiâ patris* (1). En vain alléguait-il l'autorité de Voet, *de peculio*, suivant lequel on accordait des prélèvemens au fils qui avait considérablement augmenté le patrimoine du père commun, et en raison des augmentations faites. Le Code civil n'accordant pour cette cause aucun prélèvement, et la successsion s'étant ouverte sous son empire, les juges ne pouvaient en attribuer aucun au fils.

Nous devons dire un mot de Voet. Cet auteur qui était Hollandais a été beaucoup cité en France depuis quelque tems. Et devant son nom ont presque disparu ceux des Duaren, des Cujas, des Dumoulin et des Godefroy, nos plus savans interprètes du Droit romain. Cette vogue a eu deux causes. M. Merlin, l'un de nos premiers jurisconsultes modernes, en avait fait son auteur de prédilection, le citait sans cesse, et ne citait presque que lui, sur le Droit romain : et M. Merlin, par ses ouvrages, comme par les fonctions de pro-

(1) Si quid ex re patris ei (filio) obveniat, hoc... totum parenti acquiratur Inst. *per quas person. cuiq. acquir.* §. 1.

cureur-général, qu'il exerçait auprès de la Cour de cassation, était d'une très-grande autorité en jurisprudence. D'un autre côté Voet est un des auteurs les plus faciles à consulter sur le Droit romain, par la méthode avec laquelle il en a traité les matières. Voet n'est pas cependant, au jugement même de ses compatriotes un des meilleurs interprètes des lois romaines ; et il ne fait autorité parmi eux que par ses écrits sur les coutumes et statuts de Hollande.

581. La puissance paternelle continuait, suivant le droit romain, même après la majorité de l'enfant, et ne cessait que par son émancipation ou par la mort naturelle ou civile du père ou du fils, ou par l'élevation du fils à la dignité de patrice. *Instit. quib. mod. patr. pot. solv.*

Le mariage émancipait dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, comme dans les pays coutumiers; il n'émancipait pas dans la plupart des autres pays qui suivaient en cela le droit romain pur.

Mais, en vertu de la loi du 28 août 1792, la puissance paternelle a cessé en France, pour tout fils de famille, à compter du jour de sa majorité.

Alors s'est élevée la question de savoir si l'usufruit déjà acquis au père de famille, sur les biens de son fils, avant la promulgation de cette loi, avait dû cesser à partir du jour de cette promulgation, pour le fils dès-lors majeur, et à compter du jour de la majorité, pour le fils qui ne l'aurait atteinte qu'ultérieurement. L'affirmative ne fait pas le moindre doute, suivant les principes que nous avons

exposés sur la rétroactivité des lois ; et la question a été jugée dans ce sens. *Voyez* les arrêts cités au premier volume de notre ouvrage, n° 187.

Et lorsqu'est intervenue la promulgation du titre *de la Puissance paternelle*, au Code civil, on a jugé, suivant les mêmes principes, que l'usufruit, quoique, antérieurement acquis au père avait dû cesser du jour de cette promulgation pour les enfans qui avaient atteint l'âge de dix-huit ans ; et du jour de cet âge, pour ceux qui ne l'ont atteint qu'après la promulgation (Turin, 1er. floréal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 510).

Réciproquement, à compter du jour de cette promulgation, les père et mère ont eu droit à l'usufruit des biens de leurs enfans âgés de moins de dix-huit ans, dans les pays où la coutume ne leur accordait pas cette jouissance, bien que les enfans en fussent dès lors en possession. *Voy.* l'arrêt que nous avons cité au premier volume, n°. 188 ; et un arrêt de la Cour de cassation (sect. des req., 11 mai 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens, du 20 août 1817. *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 446), qui a décidé en outre que le père n'avait pu renoncer directement ni indirectement à cet usufruit au préjudice de ses créanciers, vu l'art. 622 du Code.

CHAPITRE II.

De la puissance paternelle sous le Code civil.

582. *De la condition qui retire aux père et mère la jouissance des biens donnés ou légués à leurs enfans.*

582. Le Code civil accorde au père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans (art. 384).

Mais le Code, admettant aussi un pécule pour les enfans, et une exception à l'usufruit des père et mère pour les dons ou legs faits sous condition contraire, ajoute que cette jouissance ne s'étendra pas aux biens que les enfans pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387).

La Novelle 117, chap. 1er., d'où est tirée la seconde partie de cette disposition, celle qui concerne les biens donnés ou légués, la justifie par la raison que ces biens auraient pu être laissés à des étrangers, et qu'alors le père n'en aurait tiré aucun profit (1).

Il est évident que c'est la même raison qui a dicté cette partie de la disposition de notre Code.

Aussi ne doit-on pas l'étendre aux biens que le

(1) Hæc enim et extraneis relinquere poterant, undè nulla parentibus utilitas nasceretur.

donateur ou testateur est tenu de laisser à titre de réserve légale, parce qu'il n'aurait pas pu en disposer au profit d'un étranger. Le père ou la mère conservent nécessairement leur droit de jouissance sur cette portion des biens donnés ou légués. C'est ainsi qu'on le décidait dans l'ancien droit. *Voyez* Rousseau-Lacombe et les nombreuses autorités qu'il cite, v°. *Légitime*, sect. IV, n°. 5.

583. La même Novelle porte, §. Ier., que, « bien que l'enfant soit sous la puissance d'autrui, il pourra, s'il est majeur, disposer librement de la chose à lui ainsi donnée ou léguée ; et que, s'il est mineur, la chose sera administrée jusqu'à sa majorité par la personne qu'aura désignée le donateur ou testateur, ou par le curateur qu'aura nommé le juge compétent, si le donateur ou testateur n'en a point désigné, ou si la personne désignée ne peut ou ne veut s'en charger (1) ».

Le Code civil ayant gardé un silence absolu sur l'administration des choses ainsi données ou léguées à un mineur en puissance de père et mère ou en simple tutelle, on peut demander si ces dernières décisions de la Novelle 117 sont encore applicables aujourd'hui au mineur, comme raison

---

(1) Res autem ita relictas sive donatas positis sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis : licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere. Si verò ætate minores sint : per quem perspexerit testator, aut donator, hæc gubernentur... Si verò forsan is qui relinquit, aut donat, nullum his dispensatorem ordinaverit, aut ab eo datus hujusmodi gubernationem subire noluerit, aut non potuerit, aut moriatur antequàm illi perfectæ fiant ætatis, tùm jubemus judicem competentem curatorem fide dignum cum legitimâ fidejussione rebus talibus ordinare,...

écrite. Suivant l'esprit de cette Novelle, la condition qui privait le père de l'usufruit emportait de plein droit contre lui la privation du droit d'administrer, puisqu'elle ordonne que, à défaut de désignation par le donateur ou testateur d'une personne pour administrer les biens, le juge nomme un curateur avec caution. En doit-il être de même sous le Code? Cette première question ne nous semble pas pouvoir faire le sujet du plus léger doute : et nous pensons que, attendu le défaut d'une loi précise sur ce point, lorsqu'il n'y a pas disposition contraire du donateur ou testateur, les père et mère conservent l'administration des choses données ou léguées à leur enfant, avec condition qu'ils n'en jouiront pas, parce que la perte du droit d'administrer n'est pas, en ce cas, comme paraît l'avoir pensé Justinien, la conséquence nécessaire de la privation du droit d'usufruit.

La difficulté se réduit donc à savoir si la clause expresse qui ôterait au père ou à la mère la totalité ou partie de leur droit d'administration sur la chose donnée ou léguée, pour la confier à un exécuteur testamentaire ou curateur *ad hoc*, serait valable sous l'empire du Code. Comme cette question doit se résoudre par le double examen et des principes généraux sur les conditions qu'il est permis d'apposer aux donations ou aux legs et des exceptions que souffrent ces principes, nous en renvoyons la discussion, ainsi que la citation des arrêts, au titre *des Donations et Testamens*.

Nous renvoyons également à ce titre l'examen

des conditions par lesquelles le donateur ou testateur porterait atteinte aux droits des père et mère sur la personne de leurs enfans.

584. La disposition du droit romain qui faisait continuer l'usufruit du père pendant sa vie, même après le décès du fils de famille (L. *ult.* C. *de Usuf.*, et *L.* 7 §. 1, C. *ad senat. Tertull.*), ne peut être invoquée aujourd'hui pour faire continuer aux père et mère, après le décès de l'enfant, l'usufruit de ses biens jusqu'au tems où il aurait atteint l'âge de dix-huit ans, s'il eut vécu: parce que le Code civil n'en contient aucune disposition expresse, et que ce serait déroger à l'ordre réglé par ce Code pour les successions, et notamment à l'art. 754, qui détermine le seul cas de succession du père ou de la mère à l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété, ce qui exclut tout autre cas, comme le droit de succession à une quotité plus grande d'usufruit.

La question avait déjà été ainsi jugée à l'égard des biens d'un enfant décédé en puissance paternelle sous l'empire de la loi du 17 nivose an II, par le seul motif que, cette loi n'ayant pas conservé au père l'usufruit des biens de son enfant après son décès, les lois romaines qui le lui accordaient étaient censées tacitement abrogées par cette loi (*Cass.*, sect. civ., 18 novembre 1806, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Limoges, du 13 fructidor an XII. J. P., 3e. de 1807, pag. 106. — *Sirey*, tom. VI, 1re. part., pag. 477.— *Denevers*, tom. IV, 1re. part., pag. 635): et elle a été de nouveau jugée, dans le même sens, sous

l'empire du Code (Turin, 19 janvier 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 659).

585. Le père ou la mère peuvent-ils être privés de la puissance paternelle, et notamment de l'usufruit légal du bien de leurs enfans, pour cause d'inconduite notoire, ou pour autres causes non prévues par le Code? Hors le cas de mort civile, nul ne peut être privé de ses droits civils, sans une disposition expresse de la loi, parce qu'on ne peut ôter qu'en vertu de la loi ce que la loi confère. La puissance paternelle, quoique fondée sur les rapports naturels de la famille, est mise au rang des droits civils, quant à la manière de l'exercer réglée par la loi, et quant aux effets que la loi lui attribue (1). Ces deux choses, mode d'exercice de la puissance paternelle et effets de cette puissance, ne peuvent donc être détruites, enlevées ou changées par le seul arbitre du juge, sous prétexte d'équité naturelle, de convenances, d'intérêt des bonnes mœurs, d'intérêt des enfans.

Cela posé, arrivons à la question de la perte de l'usufruit légal, qui est un des effets de la puissance paternelle. Le père et la mère, comme tout autre tuteur, peuvent être destitués de la tutelle pour cause d'inconduite notoire. Il n'importe que la tutelle puisse être considérée, dans la personne des père et mère, comme une dérivation de la puissance paternelle. Il suffit que la loi (art. 444 du C. C.) ait marqué l'inconduite notoire

---

(1) Jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium romanorum. Inst. *de patria potestate*: §. 2. Les Romains regardaient donc aussi la puissance paternelle comme un de leurs droits civils.

comme une cause de destitution de la tutelle, pour que cette cause de destitution soit appliquée aux père et mère, aussi bien qu'à tout autre tuteur. La tutelle comprend l'administration des biens du mineur (art. 450): ainsi les père et mère destitués de la tutelle perdront l'administration des biens de leurs enfans. Mais l'usufruit légal est un droit distinct de l'administration, et qui peut très-bien s'en séparer; car les père et mère peuvent recevoir, des mains de l'administrateur, les fruits ou revenus des biens, sans que l'administration en souffre; et le tuteur, chargé aussi du soin de la personne de ses pupilles, pourra prélever sur les fruits les frais d'éducation, de nourriture et entretien des enfans, et en remettre l'excédant aux père et mère: ainsi le soin de la personne des enfans n'en souffrira pas davantage. Si donc l'usufruit peut être conservé aux père et mère sans l'administration, les en priver ce serait ajouter, sans nécessité, une peine plus grave à la peine de destitution de tutelle, que la loi a seulement permis de leur appliquer en cas d'inconduite notoire; et les peines doivent être plutôt adoucies qu'étendues: ce serait d'ailleurs enlever aux père et mère un des effets directs et principaux de la puissance paternelle, qu'ils n'ont pas perdue en perdant la tutelle. C'est donc avec raison que la Cour de Paris, a maintenu un père dans l'usufruit des biens de sa fille mineure, quoiqu'il eût été destitué de sa tutelle, pour cause d'inconduite notoire (28 décembre 1810. *Jurisp. du Code civil*, tom. XVI, pag. 354).

La question semble se présenter sous un aspect plus défavorable à l'égard de la mère, surtout dans le cas où, vivant hors mariage, elle donne le jour à des enfans naturels. Et en effet, la mère qui se remarie perd l'usufruit légal du bien de ses enfans (art. 386 du C. C.). Il semble, au premier coup-d'œil, que celle qui, sans se remarier, donne le jour à des enfans doive, à plus forte raison, perdre cet usufruit. La Cour de Limoges l'a jugé dans ce sens, par deux arrêts (16 juillet 1807. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 290. — *Id.*, 2 avril 1810. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 290). Mais la Cour d'Aix a jugé le contraire (30 juillet 1813. J. P., 2e. de 1814, pag. 39. — *Sirey*, tom. XIV, 2e part., pag. 70. — *Denevers*, tom. XII, 2e. 2e. part., pag. 29). La seconde décision nous paraît devoir être préférée, d'abord par les raisons que nous avons dites, en citant l'arrêt de Paris rendu en faveur d'un père : et en second lieu, parce que ce n'est point pour imposer une peine à la mère qui se remarie que la loi la prive de l'usufruit du bien de ses enfans, mais seulement parce qu'il y aurait eu inconvenance d'établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfans du premier lit, et enrichir ainsi son époux à leur préjudice (1), raison qui n'existe pas, tant qu'elle ne contracte pas un nouveau mariage.

---

(1) Expressions qui terminent l'exposé des motifs de la loi, présenté par M. le conseiller d'État, Réal, au Corps-Législatif.

TITRE DIXIÈME.

De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.

CHAPITRE PREMIER.

De la minorité.

586. Avant la loi du 20 septembre 1792, qui fixa la majorité à l'âge de vingt et un ans accomplis, on était généralement, en France, réputé mineur jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus. Ainsi le mot de *mineur* y signifiait âgé de moins de vingt-cinq ans, comme disent les lois romaines, *minor natu vigenti quinque annis.* Cette règle souffrait cependant quelques exceptions : en Normandie, on était majeur à vingt ans ; dans d'autres coutumes, on l'était à vingt et un ans.

La minorité, dans les pays de droit écrit, se divisait, suivant le droit romain, en deux époques, dont l'une durait jusqu'à la puberté, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de quatorze ans pour les enfans mâles, et jusqu'à l'âge de douze pour les filles ; et la seconde, commençant à la puberté, ne finissait qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Les mineurs n'y recevaient de tuteur ou de curateur que lorsqu'ils étaient hors de la puissance paternelle. Et en ce

cas, on donnait un tuteur aux impubères, et seulement un curateur aux mineurs pubères.

Dans les pays coutumiers où la puissance paternelle n'avait pas lieu (1), cette division de la minorité en deux époques n'y était pas reçue ; et on donnait un tuteur aux mineurs pubères comme aux mineurs impubères. Les mineurs n'y recevaient de curateur que lorsqu'ils avaient été émancipés ; ce qui ne voulait pas dire, comme dans le droit romain, affranchis de la puissance paternelle, puisque la puissance paternelle n'y avait pas lieu, mais seulement émancipés d'âge, c'est-à-dire autorisés à administrer eux-mêmes leurs biens et à percevoir leurs reveuus. Et c'est cette jurisprudence des pays coutumiers que le Code civil a adoptée, à la seule différence que la minorité y cesse, comme sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, à l'âge de vingt et un an accomplis (art. 388 du C. C.), et que les père et mère y ont la jouissance du bien de leurs enfans non émancipés, jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint dix-huit ans révolus ; et c'est tout ce que nous avons pris de la puissance paternelle des Romains, quant aux droits sur les biens.

587. Le Code ne traite, dans ce titre, ni de l'incapacité des mineurs non émancipés, ni des effets absolus ou relatifs de cette incapacité, ni des actions en nullité, lésion, rescision ou restitution qu'ils peuvent avoir contre leurs propres actes, ni enfin de la prescription de ces actions,

---

(1) *Voyez* ce que nous avons dit au titre *de la Puissance paternelle*, n°. 579.

si ce n'est contre le tuteur, et relativement aux faits de la tutelle. Les règles générales sur cette matière ne se rencontrent qu'au titre *des contrats ou des obligations*, sect. 2, du chap. II, et sect. 7 du chap. V; les autres titres du liv. III du Code, contiennent aussi quelques règles particulières aux mineurs, dans les matières qui font le sujet de ces titres. A l'exemple des rédacteurs du Code, nous y renverrons toutes les questions jugées sur l'incapacité des mineurs, selon le rapport plus ou moins direct qu'elles pourront y avoir.

CHAPITRE II.

De la tutelle.

De la tutelle dans l'ancien Droit. — De l'effet des nouvelles lois sur les tutelles acquises antérieurement. — De la tutelle dans le nouveau Droit.

SECTION PREMIÈRE.

De la tutelle dans l'ancien Droit.

588. *De la tutelle dans les pays de Droit écrit.*
589. *De la tutelle dans les pays coutumiers.*

588. Dans nos provinces de droit écrit, comme dans le Droit romain, on distinguait trois sortes de tutelle : la testamentaire, la légitime, et la dative.

La tutelle testamentaire était celle que le père déférait, par son testament, sur ses enfans impubères, qui étaient en sa puissance. Le tuteur ainsi nommé n'était pas obligé de donner caution, ni

de se faire confirmer par le juge. Le père pouvait nommer par son testament plusieurs tuteurs et si, en ce cas, l'un d'eux offrait caution pour avoir seul l'administration, le juge pouvait, en connaissance de cause, lui accorder cette administration, après le refus qu'auraient fait les autres de se soumettre à la même condition : car s'ils consentaient à donner caution, l'administration leur était à tous conservée. Un aïeul ne pouvait donner de tuteur à ses petits-fils, quand, par sa mort, ils devaient retomber en la puissance de leur père; et ils y retombaient si leur père, lors de la mort de l'aïeul, était encore sous la puissance de celui-ci.

Le père qui avait émancipé ses enfans, et la mère pouvaient aussi leur donner des tuteurs par leur testament. Mais ces tuteurs devaient être confirmés par le juge; et il y avait cette différence entr'eux que le tuteur nommé par le père à ses enfans émancipés était confirmé par le juge, sans information de ses mœurs ni de ses facultés, et sans qu'il fût tenu de donner caution : et que le tuteur donné par la mère n'était confirmé qu'après une information préalable. Il fallait en outre que la mère eut institué ses enfans héritiers, sans quoi le tuteur n'était pas confirmé.

A défaut de la tutelle testamentaire, venait la tutelle légitime qui était déférée par la loi au plus proche parent de l'impubère, soit du côté paternel, soit du côté maternel. Elle n'avait pas besoin d'être confirmée par le juge. Mais le tuteur devait donner caution. Pour que cette tutelle lé-

gitime eut lieu, il fallait que la tutelle testamentaire manquât de plein droit, soit par défaut de nomination testamentaire d'un tuteur, soit par la certitude acquise que la nomination faite n'aurait aucun effet. Autrement, tant que l'effet de la nomination testamentaire n'était que suspendu, ou si elle n'avait perdu son effet qu'en vertu d'un jugement qui aurait admis les excuses du tuteur nommé, ou l'aurait destitué comme suspect, le juge devait nommer dans le premier cas, un tuteur par *intérim*, et, dans les deux autres, un tuteur définitif.

Cette tutelle légitime était originairement appelée, dans le Droit romain, tutelle des Agnats, parce qu'elle n'était déférée qu'au plus proche parent du côté paternel. Mais, par la Novelle 118, qui était observée en France dans les pays de droit écrit, et qui formait, à cet égard, le dernier état du Droit romain, toute différence entre les parens du côté paternel et ceux du côté maternel fut abolie, tant pour les successions que pour les tutelles. *Voyez* les chap. IV et V de cette Novelle.

S'il y avait plusieurs plus proches parens au même degré, ils étaient tous appelés à la tutelle légitime.

Il y avait dans les mêmes pays en France, conformément au Droit romain, une autre espèce de tutelle légitime, qui était déférée par la loi au père ou aïeul sur les enfans ou petits-enfans impubères qu'il avait émancipés.

Nous ne parlons point des deux autres tutelles légitimes qui font la matière des titres XVII et

XIX du liv. I[er]. *des Institutes*, parce que la première, déférée aux patrons sur leurs affranchis n'était d'aucun usage en France, où l'esclavage n'était pas reçu, et parce que l'autre, appelée *judiciaire*, avait été abrogée dès le tems de Justinien.

La tutelle dative était celle que, à défaut de tutelle testamentaire et de tutelle légitime, le juge déférait au parent ou autre personne solvable et de bonne réputation que lui désignaient les parens assemblés. Si le parent ou la personne désignée ne réunissaient pas ces deux conditions, le juge pouvait en nommer un autre d'office. Le tuteur datif était tenu de fournir caution : et dans les pays de droit écrit, autres que ceux du ressort du Parlement de Paris, le mineur avait son recours d'abord contre la caution, puis contre les parens qui avaient donné leur avis, puis contre le juge qui avait nommé le tuteur.

589. Dans les pays coutumiers, ou du moins dans la plupart des coutumes (1), et même dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, la tutelle était, dans tous les cas, dative ; et il était d'usage de n'y donner au mineur qu'un seul tuteur qui était ordinairement le plus proche parent, ou l'un des plus proches.

Dans la plupart des coutumes aussi, les tuteurs n'étaient point obligés de donner caution ; et les

---

(1) Les coutumes de Rheims, du Bourbonnais, de l'Auvergne, du Nivernois, de Bretagne et d'Auxerre, admettaient la tutelle testamentaire.

parens qui avaient donné leur avis, comme le juge qui avaient nommé le tuteur, n'étaient pas responsables de sa gestion.

SECTION II.

De l'effet des nouvelles lois sur les tutelles acquises antérieurement.

590. *Toute tutelle, quoiqu'acquise antérieurement au Code, n'a pu depuis être maintenue et exercée qu'aux conditions, de la manière et dans les cas réglés par le Code.*

590. Il convient d'examiner quel a été l'effet du Code sur les tutelles commencées antérieurement et qui étaient encore subsistantes lors de sa promulgation, ou qui avaient déjà cessé, quoique la majorité voulue par le Code ne fût pas encore atteinte.

Voici les questions jugées à ce sujet :

1°. Un tuteur étranger n'a pu être maintenu, depuis le Code, dans la tutelle, au préjudice des droits que les père et mère, ou autres ascendans, ont, suivant le Code, à la tutelle légitime de leurs enfants ou petits-enfans mineurs. Jugé dans ce sens, en faveur de la mère, dans une espèce où, antérieurement au Code, il y avait eu tuteur nommé par le père, et approuvé par le conseil de famille et par la justice (Turin, 4 janvier 1806. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 94.— Agen, 17 prairial an XIII. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1260. — *Denevers*, tom. IV, 2e. part., pag. 86).

2°. A plus forte raison, la mère qui, sous l'empire des lois romaines, avait été privée, pendant sa minorité, de la tutelle légitime de ses enfans, et

qui, aux termes de ces mêmes lois, avait toujours pu la réclamer après avoir atteint sa majorité, a-t-elle pu la réclamer encore après le Code, contre le tuteur qui avait été nommé à ses enfans pendant sa minorité (Bordeaux, 6 messidor an XII. J. P., 2e. de l'an XII, pag. 458. — *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 150).

3°. Le tuteur qui, d'après les anciennes lois, avait été tenu de donner caution, peut, depuis le Code, qui n'exige plus de caution des tuteurs, demander que la caution soit déchargée de toute responsabilité pour l'avenir (Turin, 5 mai 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e part., pag. 37.— *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 33. *Voyez* un arrêt conforme de la Cour de Caen, du 23 novembre 1812, cité tom. Ier., n°. 229).

4°. Cependant la Cour de cassation (sect. des req., 10 novembre 1813. *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 21.—*Denevers*, tom. XI, 1re. part., pag. 584) a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 6 mai 1812, qui avait condamné un tuteur nommé, avant le Code, sous l'empire de la coutume d'Ypres, à donner caution, même pour la gestion postérieure au Code. « Attendu, a dit la Cour de cassation, qu'il ne s'agissait pas, dans l'espèce, de l'état d'une interdite, mais des obligations contractées par le tuteur qui lui a été nommé avant la publication du Code civil, et sous l'empire de la coutume d'Ypres; qu'ainsi, et sans altérer le principe que les dispositions du Code sur l'état des personnes doivent recevoir leur application au moment de

leur publication, la Cour de Bruxelles a pu et dû maintenir les obligations contractées par le demandeur en Cassation, au moment de son élection, à la charge de tuteur à l'interdiction, et conserver ainsi les droits acquis à l'interdite avant la promulgation du Code civil; — Attendu que les dispositions de ce Code sur l'hypothèque légale des biens des tuteurs n'ont pas relevé les tuteurs des obligations par eux contractées antérieurement ».

Au premier coup-d'œil, une contradiction paraît exister entre les arrêts d'appel et l'arrêt de Cassation, qui viennent d'être cités. Mais cette contradiction se lève au moyen d'une différence d'espèce; et, de leur rapprochement, nous croyons voir sortir les vrais principes que nous avons déjà eu occasion de développer au titre *de la Rétroactivité*.

S'agit-il d'une tutelle légitime, commencée sous l'ancien droit, et continuée sous le nouveau? Alors, suivant les règles générales que nous avons posées et développées, en parlant de l'effet rétroactif des lois, sous le *Titre préliminaire* du Code, la tutelle étant de sa nature un droit personnel, et les droits ou capacités personnels n'étant pas l'objet de la prohibition de rétroactivité des lois, étant, au contraire, toujours réglés par la loi existante au jour où ils sont exercés, la tutelle, quoiqu'acquise antérieurement au Code, n'a pu, depuis, être maintenue et exercée qu'aux conditions, de la manière et dans les cas réglés par le Code.

Mais s'agit-il d'une tutelle testamentaire, ou d'une tutelle dative? il est possible que cette tutelle n'ait été déférée par le testateur ou par le conseil de famille à tel individu qu'à certaines conditions, par exemple sous la condition d'une caution qui offrirait une garantie de la gestion. Dès-lors, si cet individu, ainsi que dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, n'est pas celui auquel les nouvelles lois donnent la tutelle; comme il ne la tient que d'un acte, il doit l'exercer sous les conditions légales qui existaient à l'époque de l'acte, et qui sont censées en faire partie. Mais si au contraire cet individu, ainsi que dans les espèces sur lesquelles ont statué les Cours royales, est celui auquel les lois nouvelles défèrent la tutelle, alors, comme il ne la tient plus d'un acte, mais de la loi, il est assujetti, non aux conditions de l'acte, mais à celles de la loi qui la lui donne.

5°. Mais le mineur pubère qui était hors de tutelle avant le Code civil, et n'était plus que sous l'autorité d'un curateur, est-il retombé en tutelle, par le seul effet de la promulgation du Code? L'affirmative semblerait résulter des règles générales que nous avons données sur les droits et capacités personnels. Cependant il faut dire le contraire, comme l'a décidé la Cour de cassation (sect. civ., 6 avril 1808, cassant un arrêt de la Cour de Nîmes du 3 fructidor an XIII. J. P., 3e. de 1808, pag. 362.—*Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 241.—*Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 172). « Vu l'art. 390 du Code civil; et attendu qu'il

résulte de cet article, que les enfans mineurs ne doivent tomber sous la tutelle de leurs père ou mère que lorsqu'ils ne sont pas émancipés; que dans l'espèce, Fanny Veyrans, étant pubère lors de la publication du titre X du Code civil, et par conséquent réputée *émancipée*, n'était pas sujette à la tutelle de droit établie par cet article ».

Il faut remarquer que la personne de l'enfant était régie, avant le Code civil, par les lois romaines; que la puissance paternelle avait cessé pour elle par la mort de son père; et que, ayant atteint l'âge de puberté, elle était, en outre, émancipée de la tutelle, selon ce que nous avons dit plus haut de ces lois, et des pays de droit écrit. Or, le Code civil admettant lui-même l'émancipation de tutelle, on ne pouvait appliquer ses dispositions sur la tutelle à un mineur qui avait acquis cette émancipation, quoique dans un autre cas et d'une autre manière que ceux prévus par le Code.(Aix, 19 frimaire an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 121. — Nîmes, 21 frimaire an XIII. J. P., 1er. de l'an XIII, pag. 574.— *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 76).

SECTION III.

De la tutelle dans le nouveau droit.

Des diverses espèces de tutelles. — De la tutelle des père et mère. — De la tutelle déférée par le père ou la mère. — De la tutelle des ascendans. — De la tutelle déférée par le conseil de famille. — Du subrogé tuteur. — Des causes qui dispensent

de la tutelle.—De l'incapacité, des exclusions, et destitutions de la tutelle. — De l'administration du tuteur. — Des comptes de tutelle.

§. Ier.

591. *Des diverses espèces de tutelles.*

591. Outre la tutelle officieuse, dont il est parlé au titre *de l'Adoption*, le Code civil admet, comme le Droit romain, trois sortes de tutelles : la légitime, la testamentaire, et la dative.

La tutelle légitime se divise en deux espèces : l'une est déférée par la loi au survivant des père et mère, après la dissolution du mariage (art. 390); et l'on peut aussi mettre à-peu-près sur la même ligne, et regarder comme une sorte de tutelle, d'après la rubrique sous laquelle est placé l'art. 389 qui en parle, l'administration que la loi donne au père, durant le mariage, des biens personnels de ses enfans mineurs : l'autre tutelle légitime est celle qui, à défaut de tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère, appartient de plein droit à l'aïeul paternel du mineur, à son défaut à l'aïeul maternel, et ainsi en remontant, et préférant toujours l'ascendant paternel à l'ascendant maternel du même degré (art. 402).

La tutelle testamentaire est celle que le dernier mourant des père et mère donne à une personne de son choix par acte de dernière volonté. Il peut aussi donner cette tutelle par une simple déclaration faite ou devant le juge de paix assisté de

son greffier, ou devant Notaires (art. 392, 397 et 398 du C. C.).

La tutelle dative est celle qui, à défaut des deux autres, est déférée par le conseil de famille du mineur, sous la présidence du juge de paix (405 et 416 du C. C.)

§. II.

De la tutelle des père et mère.

592. *Le père, après la dissolution du mariage par le divorce a-t-il continué de demeurer administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs et non émancipés ?*

593. *Le survivant des époux divorcés est tuteur des enfans nés de leur mariage.*

594. *Le père ne peut attribuer au conseil qu'il nomme à la mère tutrice l'administration des biens du mineur.*

595. *L'obligation imposée à la femme qui veut se remarier de convoquer le conseil de famille, pour qu'il décide si la tutelle lui sera conservée, s'applique même au cas où la femme déjà remariée avant le Code, n'a acquis le droit de réclamer la tutelle que depuis la promulgation du Code.*

596. *La mère qui, après avoir reconnu son enfant naturel, veut se marier, de même en premières noces, avec un autre que le père de l'enfant est également assujettie à convoquer le conseil de famille.*

597. *La mère naturelle, qui n'a reconnu légalement son enfant qu'après la nomination d'un tuteur à celui-ci, ne peut, sur le motif qu'elle n'a pas été appelée au conseil de famille, demander la nullité de cette nomination.*

598. *Les délibérations de conseil de famille portant qu'une mère qui se remarie ne doit pas conserver la tutelle ne sont pas soumises à la nécessité d'être motivées.*

599. *La mère remariée non maintenue dans la tutelle ou déchue*

de la tutelle, en exécution de l'art. 395, peut être membre du conseil de famille.

600. *Elle ne perd pas le droit de veiller à l'éducation de ses enfans, quand sa conduite est d'ailleurs irréprochable.*

601. *Elle peut être renommée tutrice par le conseil de famille.*

602. *Validité des actes faits par la mère comme tutrice, dans l'intervalle de convol, à la nomination du nouveau tuteur.*

603. *Le mari co-tuteur peut, malgré l'opposition de sa femme, mettre les enfans mineurs du premier lit dans une maison tierce pour l'éducation qu'il juge à propos de leur faire donner.*

604. *Lorsque le mari co-tuteur a été exclu ou destitué de la tutelle, il y a lieu de suspendre la tutelle de la mère pendant toute la durée du mariage.*

592. Le père est, durant le mariage, l'administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs (art. 389 du C. C.).

Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfans mineurs et non émancipés appartient, de plein droit, au survivant des père et mère (art. 390).

La première question qui s'élève sur ces dispositions est de savoir si le père, après la dissolution du mariage par le divorce, a continué de demeurer administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs et non émancipés. Il y a doute, parce que la loi ne lui accorde expressément cette administration que durant le mariage; et que, à l'égard de la tutelle proprement dite des père et mère, la loi ne prévoit que les cas de dissolution du mariage, par mort naturelle ou civile, et la défère alors au survivant d'eux. Elle a bien

statué sur la garde des enfans, par l'art. 280 du Code, en cas de divorce par consentement mutuel, et, par l'art. 302, en cas de divorce pour cause déterminée ; mais autre chose est la garde qui ne s'entend que de la personne des enfans, et la tutelle qui comprend l'administration de leur personne et de leurs biens. La tutelle des enfans mineurs et le droit d'administrer leurs biens sont, dans la personne des père et mère, une des conséquences naturelles et presque nécessaires de la puissance paternelle. C'est par cette considération principale que le Code a voulu que cette administration et cette tutelle leur appartinssent de plein droit, comme la puissance paternelle. Elles doivent donc suivre cette puissance partout où la loi n'ordonne pas ou ne permet pas de les en séparer. Le Code, en cas de dissolution du mariage par le divorce, ne statue que sur la garde des enfans. Ce droit de garde peut s'exercer séparément de l'administration de leurs biens et des autres effets de la puissance paternelle. Donc le père, en perdant le droit de garde, ne perd ni les autres effets de la puissance paternelle, ni le droit d'administration qui en dérive, et qui, d'ailleurs, lui était déjà acquis. Cette administration, qui est une sorte de tutelle, suivant la rubrique sous laquelle est placé l'art. 389, ne peut lui être ôtée que pour les mêmes causes et dans les mêmes cas que la tutelle proprement dite : ce qui suffit pour mettre à couvert les intérêts matériels de l'enfant (Paris, 29 prairial an XIII. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 290.

Cet arrêtiste renvoie à un autre arrêt conforme de la même Cour, s'en en donner la date).

593. Par les mêmes principes, on doit décider que le survivant des époux divorcés, soit le mari, soit la femme, est tuteur, de plein droit, des enfans nés de leur mariage (Paris, 4 décembre 1807. J. P., 1er. de 1808, pag. 8.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1240) : car, aucun article ne fait, pour le cas où le divorce aurait eu lieu, exception à l'art. 390 du Code civil, qui attribue, après la mort, la tutelle au survivant des père et mère.

594. Le père peut nommer, à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Il peut aussi spécifier les actes pour lesquels seulement l'avis et l'assistance de ce conseil seront nécessaires(*Voyez* l'art. 391 du C.C.). Mais il ne peut donner à ce conseil l'administration des biens du mineur. Une telle disposition serait réputée non écrite, comme outrepassant les droits de père, et comme contraire à la loi qui défère à la mère survivante la tutelle et par conséquent l'administration des biens du mineur (Bruxelles, 21 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 47.— *Sirey*, tom. VI, 2e. part. pag. 301. (*Voyez*, au titre *des Donations et Testamens*, ce que nous disons des conditions apposées aux legs).

595. « Si la mère tutrice veut se remarier, dit l'art 395, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.—A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein

droit.....». Cette disposition a fourni le sujet de plusieurs questions.

L'obligation imposée à la femme qui veut se remarier, de convoquer le conseil de famille, pour qu'il décide si la tutelle lui sera conservée, s'applique même au cas où la femme, déjà remariée avant le Code, n'a acquis le droit de réclamer la tutelle que depuis la promulgation du Code : ce qui arrive, lorsque le premier mariage n'ayant été dissous que par divorce, le premier mari n'est prédécédé que depuis la promulgation du Code, et après le second mariage de la femme contracté avant le Code. Il n'y a point ici effet rétroactif, ni fausse application de l'art. 395 ; car la femme n'a commencé à avoir droit à cette tutelle que sous le Code ; son droit à la tutelle est donc soumis aux conditions voulues par le Code. Or, toute femme remariée ne peut être tutrice des enfans du lit ou des lits précédens que du consentement de la famille des enfans ; c'est le vœu exprimé par l'art. 395 ; s'il n'est pas exprimé littéralement, pour le cas de la question présente, il résulte inévitablement de l'intention du législateur et des motifs qui ont dicté cet article, puisqu'il a pour objet de ne placer ces enfans sous l'autorité du nouveau mari qu'avec le consentement de la famille (Paris, 4 décembre 1807. J. P., 1er. de 1808, pag. 8. — *Sirey*, tom. VII, 2e.part., pag. 1240. — *Id.*, 5 mars 1808. *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 124).

596. Nous allons voir le même principe aussi justement appliqué par la Cour de cassation à la

mère qui, après avoir reconnu son enfant naturel, contracte mariage avec un autre que le père de l'enfant.

En traitant des effets de la reconnaissance des enfans naturels, nous avons dit qu'elle ne donnait pas au père ou à la mère qui avait reconnu l'enfant naturel droit à la tutelle légale sur lui. La Cour de cassation, en évitant de prononcer sur cette question dans les deux arrêts que nous allons citer, parce qu'elle n'avait pas besoin de la décider, a jugé, avec raison, par le premier, que la mère qui, après avoir reconnu son enfant naturel, voulait se marier avec un autre que le père de l'enfant, était soumise, bien qu'il ne s'agît pour elle que d'un premier mariage, à la disposition de l'art. 395; et que, faute d'avoir convoqué le conseil de famille avant le mariage, elle était déchue de plein droit de la tutelle (*Cass.*, sect. des req., 31 août 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens du 23 juillet 1814. *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 361).

597. Et par le second, que la mère naturelle qui n'avait reconnu légalement son enfant qu'après la nomination d'un tuteur à celui-ci, n'était pas recevable à demander la nullité de cette nomination pour n'avoir pas été appelée au conseil de famille; que, de plus, elle ne pouvait réclamer la tutelle légale, après y avoir renoncé expressément, ayant eu motif suffisant pour s'en faire dispenser, comme de ne savoir ni lire ni écrire (*Cass.*, sect. des req., 7 juin 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Gre-

noble du 5 avril 1819. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 366).

598. La Cour de Paris (5 mars 1808. *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 124) et la Cour de cassation (sect. civile 17 novembre 1813), cassant un arrêt de la Cour d'Amiens du 23 août 1811. J. P., 2e. de 1814, pag. 321. — *Sirey*, tom. XIV, 1re. part., pag. 74.— *Denevers*, tom. XII, 1re. part., pag. 35), ont décidé, avec raison, que, à la différence des délibérations portant exclusion ou destitution, les délibérations des conseils de famille décidant qu'une mère qui se remarie ne conservera pas la tutelle de ses enfans ne sont pas soumises à la nécessité d'être motivées : « vu, a dit la Cour de cassation, les art. 395 et 447 du Code civil, et l'art. 883 du Code de procédure civile; attendu que ledit art. 447 n'impose aux parens convoqués en assemblée de famille l'obligation de motiver leur avis que dans le cas où il s'agit de prononcer sur l'exclusion ou la destitution du tuteur dont la cause doit être connue; qu'au contraire, dans le cas prévu par ledit art. 395, par le seul fait du remariage de la mère tutrice de ses enfans mineurs, les parens qu'elle est alors obligée de convoquer en assemblée de famille sont autorisés à lui conserver ou à la priver de la tutelle de ses enfans;—Que ledit art. 883 ne statue autre chose, si ce n'est que, dans le cas où la délibération des parens ne serait pas unanime, leurs avis doivent être mentionnés dans le procès-verbal, ce qui n'emporte pas la nécessité d'y insérer également les motifs; — Que le législateur a pu, par des

considérations particulières, affranchir lesdits parens dans les cas où ils ne sont convoqués que pour délibérer s'ils conserveront, ou non, la tutelle à la mère qui se remarie, de l'obligation de motiver leurs avis, parce que, en cas de pourvoi en justice, de la part de cette dernière, contre leur délibération, ils seraient alors forcés d'en déduire les motifs, qui seraient appréciés par les juges ; mais que les mêmes considérations ne peuvent se rencontrer dans le cas où il s'agit de prononcer sur l'exclusion ou la destitution d'un tuteur, parce qu'elles doivent être fondées sur l'une des causes déterminées par la loi ; cause qui doit être d'autant mieux connue du tuteur, que ledit art. 447 lui accorde la faculté de proposer ses exceptions ou ses excuses, puisque, aux termes du même article, il doit y être entendu ou appelé ». La Cour aurait pu ajouter ici que la faculté accordée aux membres du conseil de famille, de laisser ou d'enlever la tutelle à la mère, n'étant point limitée par l'art. 395 à certains cas, et étant par conséquent laissée à la conscience des membres du conseil, pour en user selon qu'ils aviseront dans l'intérêt des enfans, il n'y a plus nécessité que la cause en soit connue, comme à l'égard des exclusions ou destitutions, qui ne peuvent être prononcées que pour les causes voulues par la loi.

599. L'art. 445, qui veut que tout individu exclu ou destitué d'une tutelle, ne puisse être membre d'un conseil de famille, ne s'applique point à la femme remariée non maintenue dans

la tutelle, ou déchue dé la tutelle, en exécution ou aux termes de l'art. 395 du Code. La raison en est : 1°. dans la différence des rubriques sous lesquelles sont placés les deux articles; 2°. et surtout dans la différence des motifs qui donnent lieu aux exclusions et destitutions, traitées sous la section VII *de la Tutelle*, et des motifs de non conservation ou de déchéance de la tutelle, permise ou ordonnée sous la sect. Ire., par l'art. 395. Enfin non conservation ou déchéance de tutelle, dans les cas de l'art. 395, ne sont ni exclusion ni destitution de tutelle, dans le sens de la sect. VII; les premières n'ont ni le caractère ni le motif des secondes (Bruxelles, 30 mai 1810. *Sirey*, tom. X, 2e. part., pag. 397).

600. Dans ce sens, il faut décider que la mère remariée et déchue de la tutelle, pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, lorsque d'ailleurs sa conduite est irréprochable, ne perd aucun des droits que la loi lui donne, comme mère, sur la personne de ses enfans, et que la loi ne lui ôte pas expressément en ce cas; qu'ainsi elle conserve, malgré sa déchéance, le droit de garde sur eux, le droit de les élever et de veiller à leur éducation, parce que ces droits sont plus essentiellement des attributs de la puissance paternelle, qu'elle conserve, que des attributs de la tutelle, qu'elle perd; que si la loi donne au tuteur datif, outre l'administration des biens, le soin de la personne des enfans, c'est nécessairement dans la supposition qu'ils n'ont plus ni leur père, ni leur mère, ou que ceux-ci sont indignes ou

incapables de ce soin. Ainsi les fonctions de la tutelle doivent, en ce cas, être divisées. Le soin de la personne et de l'éducation des enfans doit être laissé à la mère, et l'administration des biens au tuteur (Poitiers, 15 février 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 211).

601. Dans le même sens encore, la mère déchue n'est pas incapable d'être renommée tutrice par le conseil de famille, si d'ailleurs elle ne présente aucune autre cause d'exclusion ou de destitution; parce que la déchéance encourue pour l'omission d'une simple formalité ne la rend point indigne des fonctions de tutrice; et que, d'ailleurs, la loi ne prononce pas contre elle cette incapacité (Metz, 20 avril 1820. *Sirey*, tom. XXI, 2e. part., pag. 339).

602. Cette déchéance ayant lieu de plein droit suivant l'art. 395, elle est absolue, et produit son effet sans avoir besoin d'être demandée. Mais quelle conséquence doit-on en tirer? Celle-là seulement que le conseil de famille peut nommer un nouveau tuteur aux enfans, non-seulement sans faire prononcer la déchéance de la mère en justice, mais encore sans la prononcer lui-même. Du reste, comme les enfans ne doivent point souffrir de la faute de leur mère comme l'administration de leurs biens ne peut demeurer suspendue, par cette faute, à leur préjudice, la mère est tenue, à l'exemple de l'héritier majeur du tuteur, et par la même raison, de continuer, jusqu'à la nomination du nouveau tuteur, la gestion, sous sa responsabilité et sous

celle de son nouveau mari : et, par une conséquence nécessaire de cette obligation, les actes passés avec elle, ou les arrêts rendus contre elle, en sa qualité de tutrice, dans l'intervalle du convol à la nomination d'un nouveau tuteur, sont susceptibles d'exécution contre les pupilles :« Attendu que la loi, en privant de plein droit la mère convolée à un second mariage de la tutelle de ses enfans issus d'un premier, n'a pu établir une lacune entre l'ancienne et la nouvelle tutelle, lacune qui serait préjudiciable aux mineurs; qu'ainsi la première tutelle est censée continuée jusqu'au commencement de la seconde, que tout intéressé peut provoquer, de plein droit, savoir, sans nécessité de faire préalablement déclarer la première cessée; que dans l'économie des art. 395 et 396 du Code civil, il est pourvu à la garantie des administrés (par la responsabilité du nouveau mari), garantie qui éloigne le besoin de déclarer nuls les actes résultans de l'administration indue (Turin, 25 juin 1810. J. P., 2e. de 1810, pag. 571) ».

La Cour de Nîmes a cependant jugé que les actes faits par la mère déchue, au nom du mineur, étaient absolument nuls, qu'ils n'étaient pas même validés par son rappel à la tutelle, et que les tiers pouvaient même opposer cette nullité (19 prairial an XIII. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 30). Mais la décision de la Cour de Turin nous paraît devoir être préférée, par les raisons que nous venons d'exposer.

603. La volonté du mari co-tuteur doit préva-

loir dans tous les actes relatifs à la tutelle, parce que, bien que la femme soit tutrice, et qu'elle le soit à un titre plus puissant ou plus direct, et plus naturel que celui de son mari, au titre de mère enfin, cependant la tutelle, comme la famille, a besoin d'un chef, qui fasse cesser les lenteurs et autres obstacles qui naîtraient de dissentimens entre le mari et la femme; et ce chef ne peut être que le mari. Le mari co-tuteur peut donc, malgré l'opposition de sa femme, mettre les enfans mineurs du premier lit, dans une maison tierce pour l'éducation qu'il juge à propos de leur faire donner. La question n'est plus la même qu'entre un tuteur étranger et une mère remariée déchue de la tutelle, et il n'y a pas ici nécessité de diviser les fonctions de la tutelle (Angers, 13 frimaire an XIV. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1243).

604. C'est à raison de cette autorité du mari sur sa femme, et du motif qui a dicté l'art. 395 du Code, qu'on a justement décidé que, bien que la mère ne présentât aucune cause d'incapacité ou d'indignité de la tutelle, cependant lorsque son mari, co-tuteur, avait été exclu ou destitué de la tutelle, soit comme incapable, soit comme indigne, il y avait lieu de suspendre la tutelle de la mère, pendant toute la durée du mariage (Bruxelles, 18 juillet 1810. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 433. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 14).

§. III.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

605. *Le dernier mourant des père et mère peut-il imposer la condition de ne pas placer les capitaux dans les fonds publics ?*
606. *Peut-il nommer deux tuteurs ?*
607. *Peut-il nommer un tuteur pour certains biens ou pour une affaire seulement ?*

605. Le dernier mourant des père et mère qui, en vertu de l'art. 397 du Code, donne un tuteur à ses enfans mineurs, peut-il lui imposer la condition de ne pas placer les capitaux dans les fonds publics, mais seulement en immeubles, où par hypothèques? Avant d'examiner la nature de cette condition, il faut d'abord reconnaître, en principe, que chacun pouvant priver ses enfans, par disposition entre-vifs ou testamentaire, de toute la portion de ses biens qui excède leur réserve légale, à plus forte raison peut-il en leur laissant cette portion, ordonner que, avant de leur être livrée, elle sera employée de la manière qu'il lui plaît de régler, pourvu que ce mode d'emploi ne soit contraire ni aux lois ni aux mœurs : car ce n'est là qu'un acte de propriété. S'il peut régler le mode d'emploi, il peut exclure certains emplois, admettre certains autres seulement : car ces exclusions, ces admissions exclusives d'emplois, ne sont toujours que des réglemens d'emploi. La question se réduit donc à savoir si l'exclusion de l'emploi dans les fonds publics est

permise. La raison de douter est qu'une semblable exclusion semble faire injure à la foi publique, au crédit de l'état, et appeler la défiance sur les opérations de l'Etat. Mais la raison de décider est que la condition d'exclusion imposée par le père ou la mère au tuteur peut avoir pour motifs des considérations étrangères au crédit de l'état; que d'ailleurs, sans qu'il s'agisse de mettre en doute la solvabilité de l'état, les fonds publics sont sujets à des variations journalières et souvent très-considérables, qui changent à chaque instant la valeur du capital de leurs propriétaires; qu'on ne peut priver les père et mère de la faculté de mettre le bien de leurs enfans à l'abri de ces variations ; qu'enfin cette condition n'est contraire ni aux mœurs ni aux lois. La condition sera donc valable quant aux biens composant la portion disponible (Bruxelles, 15 décembre 1807. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 711). La Cour n'a cependant pas fait cette distinction, parce qu'il ne parait pas que dans l'espèce, il y eut nécessité de la faire ; l'emploi n'étant que d'une certaine somme, qui apparemment n'entamait pas la réserve. *Voyez* d'autres questions analogues au titre *des Donations et Testamens.*

606. Dans la même espèce, le père avait nommé, par son testament, deux tuteurs, auxquels il avait permis de se faire remplacer dans les fonctions de la tutelle. Le testament avait été fait en 1781, et le testateur était mort en 1785, sous l'empire du Droit romain. La nomination de plusieurs tuteurs ne fut point contestée. Elle

était conforme au Droit romain, qui permettait au père de donner un ou plusieurs tuteurs à ses enfans, de les leur donner sous condition, ou pour un certain temps, ou pour n'entrer en fonctions qu'après un certain temps; à la différence de la tutelle dative, qui, étant un *acte légitime*, ne pouvait recevoir ni jour ni condition; le magistrat qui nommait le tuteur en vertu de la loi ne pouvant rien ordonner en deçà ni au-delà de ce qu'ordonnait la loi.

Le dernier mourant des père et mère pourrait-il aussi aujourd'hui nommer un ou plusieurs tuteurs à ses enfans? Nous ne le pensons pas : 1°. La loi ne parle jamais que du droit de nommer *un* tuteur, et non *des* tuteurs (397, 399 et 400 du C. C.); 2°. En permettant de déférer la tutelle, elle ne permet de la déférer que telle qu'elle la conçoit, et non d'en changer l'essence; et, suivant les observations de la Cour de cassation (M. Locré, tom. VI, pag. 128), on regarde, comme de l'essence de la tutelle d'être donnée à une seule personne; 3°. une administration partagée est sujette à de graves inconvéniens, auxquels la loi ne peut avoir voulu exposer les intérêts des mineurs qu'elle surveille avec la plus grande sollicitude; 4°. enfin, pour les pays qui étaient autrefois régis par le Droit coutumier, nous ferons observer que tel était l'esprit de ce droit : seulement, l'usage s'y était introduit de permettre dans des familles riches de nommer un tuteur honoraire et un tuteur onéraire; mais, dans ce cas, l'administration n'était point partagée,

et le mineur n'avait, ainsi, aucun inconvénient à craindre de cette double nomination.

607. Suivant le Droit romain, et dans nos pays de droit écrit, on ne pouvait pas donner un tuteur pour certains biens, ou pour certaine affaire seulement, parce que l'administration des biens de l'impubère était réputée inséparable du soin de sa personne, qui était le principal objet de la tutelle. Dans les pays coutumiers, où la tutelle durait jusqu'à la majorité, et ne différait guère de la curatelle des Romains, on n'admettait pas cette indivisibilité; et un tuteur y pouvait être chargé seulement d'une partie des biens du mineur, ou même d'une seule affaire (D'Argentré, *sur la coutume de Bretagne*, art. 474, glos. 2, et art. 475, n. 4). D'après les principes que nous avons exposés dans le numéro précédent, sur la manière dont la loi moderne envisage la tutelle, il nous semble que le survivant des père et mère ne peut donner un tuteur pour certains biens seulement, ou pour une affaire seulement, et que la Cour de Paris a eu tort de décider, sous l'empire du Code civil, qu'un père avait pu nommer deux tuteurs à sa fille, l'un à la personne et l'autre aux biens (Paris, 15 messidor an XII. J. P., 2e. de l'an XII, pag. 440. — *Sirey*, tom. IV, 2e part., pag. 171).

§. IV.

De la tutelle des ascendans.

608. *La tutelle, en cas de non conservation à la mère qui se remarie, ou de déchéance à cette tutelle, n'est pas dévolue de plein droit à l'aïeul.*

608. La tutelle légitime des ascendans ne peut leur appartenir de plein droit que dans les cas où la loi la leur défère expressément. Ainsi, en cas de non conservation de la tutelle à la mère qui se remarie, ou de déchéance de cette tutelle, elle n'est pas dévolue de plein droit à l'aïeul (*Cass.*, sect. des req., 26 février 1807, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 29 thermidor an XIII. J. P., 1er. de 1807, pag. 550. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 156. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 156) : « Attendu que les art. 402 et 405 du Code civil ne sont applicables qu'au cas de décès des père et mère des mineurs ; et que, dans ceux prévus par les art. 394 et 395, la tutelle légale des ascendans n'est pas établie, puisque ces articles appellent la délibération du conseil de famille ».

§. V.

De la tutelle déférée par le conseil de famille.

609. *Les veuves d'ascendans, ainsi que les ascendans, doivent toujours nécessairement être appelés au conseil de famille.*

610. *La peine de nullité peut être suppléée par le juge dans les art. 407 et 408.*

611. *Le tribunal qui annulle la nomination de tuteur faite par le conseil de famille ne peut pas procéder lui-même à une nouvelle nomination.*

612. *La nomination n'est pas sujette à l'homologation en justice.*

613. *Elle n'a pas besoin d'être motivée.*

614. *La procuration donnée à quelqu'un, pour représenter dans un conseil de famille, n'a pas besoin de contenir le vœu personnel du mandant.*

615. *Il n'est pas besoin d'empêchemens légitimes, pour ne pas y comparaître en personne.*

616. *Le conseil de famille pour la nomination d'un nouveau tuteur doit être convoqué dans le lieu du domicile naturel du mineur.*

617. *De l'obligation, où sont les héritiers majeurs du tuteur, de continuer la tutelle jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.*

609. La tutelle n'est pas dévolue de plein droit aux veuves d'ascendans, autres que la mère : mais elles peuvent être nommées tutrices (art. 442 du C. C.).

Il y a plus : comme les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont tous membres nécessaires du conseil de famille, en quelque nombre qu'ils soient, suivant l'art. 408 du Code ; pareillement, et à plus forte raison, les veuves d'ascendans, ainsi que les ascendans, doivent être nécessairement appelés au conseil de famille. On avait cependant prétendu, dans une cause, qu'il n'y avait pas nécessité de les y appeler, lorsque le mineur n'avait ni frères germains, ni sœurs germaines mariés ; et l'on tirait cette induction de l'art. 408 du Code. Mais cet article doit être rapproché de l'art. 407, qui limite le nombre des membres du conseil, et auquel il fait exception quant à cette limitation de nombre. Et comme l'art. 408 applique l'exception aussi bien aux veuves d'ascendans, et aux ascendans valablement excusés, qu'aux frères et beaux-frères germains, avec lesquels il les fait concourir; comme le motif qui l'a dicté est fondé sur la supposition d'une plus grande mesure d'affection, et d'un plus grand intérêt à la conservation des

biens du mineur, et que ce motif milite plus encore en faveur des veuves d'ascendans, et des ascendans mâles, qu'en faveur des frères et beaux-frères, il faut en conclure que, soit qu'il y ait ou non des frères ou beaux-frères, les ascendans et les veuves d'ascendans doivent toujours être appelés au conseil de famille (Colmar, 27 avril 1813. *Sirey*, tom. XIV, 2e. part., pag. 48. — *Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 49).

610. La même Cour a, par le même arrêt, jugé, avec raison, que la peine de nullité doit être suppléée par le juge dans les art. 407 et 408 du Code, parce que les tutelles sont d'ordre public, et sous la surveillance du ministère public, que cette nullité peut même être demandée par la veuve d'ascendant qui a acquiescé aux délibérations, ou qui, en gardant le silence, semble les avoir approuvées ; mais que les actes faits jusque là par le tuteur, de bonne foi, et dans l'ignorance de l'illégalité de sa nomination, sont valables.

611. Le tribunal qui annulle la nomination de tuteur faite par le conseil de famille, ne peut pas procéder lui-même à une nouvelle nomination. Autrement, il enleverait au conseil de famille une attribution que la loi lui confère exclusivement, et même sans concours avec la justice, puisqu'elle n'assujettit pas la nomination faite par le conseil de famille à l'homologation de la justice (*Cass.*, sect. civ., 27 novembre 1816, cassant un arrêt de la Cour de Paris du 7 janvier 1815. J. P., 1er. de 1817, pag. 392. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 33. — *Denevers*, tom. XIV, 1re. part., pag. 539).

612. Cette décision que la nomination d'un tuteur faite par le conseil de famille n'est pas sujette à l'homologation en justice, avait déjà, en sa faveur, l'autorité d'un arrêt de la Cour de Metz (24 brumaire an XII. *Sirey*, tom XIII, 2e. part., pag. 303) ; et elle a été consacrée de nouveau par l'arrêt de cassation, ci-dessus cité, du 27 novembre 1816 ; « Attendu, dit ce dernier arrêt, que, en attribuant au conseil de famille la nomination du tuteur, sans l'assujettir à l'homologation de la justice, la loi, par là même, l'a interdite aux tribunaux ».

613. Nous avons déjà dit (n°. 598) que les délibérations du conseil de famille qui ne conservent point la tutelle à la mère qui se remarie, pouvaient n'être pas motivées ; et nous avons cité deux arrêts à l'appui de cette opinion. A plus forte raison, le conseil de famille, qui ne fait qu'user du droit, qu'il tient de la loi, de nommer un tuteur, n'est-il pas obligé de motiver sa délibération : car aucune loi ne lui impose cette obligation. C'est ce qu'a encore décidé l'arrêt de cassation du 27 novembre 1816, cité n°. 611.

614. Il n'est pas nécessaire que la procuration donnée par quelqu'un pour se faire représenter dans un conseil de famille, contienne le vœu personnel du mandant. On en avait fait la proposition au Conseil d'Etat, lors de la discussion sur le Code civil. Mais on répondit que le fondé de pouvoirs devait être autorisé à voter, parce que c'était la délibération qui déterminerait le choix, et que si le tuteur nommé s'excusait, il importait qu'on put le remplacer sur-le-champ. *Voyez la*

Conférence du Code civil, édition de Didot (Metz, 24 brumaire an XIII. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 5) : « Considérant, a dit la Cour, que l'art. 412 du Code civil, déterminant que les parens, alliés ou amis, convoqués de la matière prescrite par les articles qui précédent, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un procureur spécial, c'est vouloir ajouter à ses dispositions que d'obliger le mandant à émettre son vœu par sa procuration même ; ce serait enchaîner son mandataire spécial pour l'objet de la convocation qui doit être seulement rappelé, et gêner les suffrages qui ne se forment souvent qu'après les observations et discussions qui ont eu lieu entre les membres de l'assemblée; et l'on conçoit qu'il pourrait résulter des inconvéniens graves, si les opinions des fondés de pouvoirs n'étaient pas libres ».

615. Mais la même Cour nous paraît avoir ajouté à la loi, en disant qu'il fallait des empêchemens bien légitimes pour ne pas comparaître en personne. L'art. 412, en offrant l'alternative n'impose pas cette condition, et l'art. 413 nous semble pouvoir s'entendre aussi de l'individu qui, sans excuse légitime, ne comparaît, ni en personne, ni par un fondé de procuration spéciale. Tel est aussi l'opinion de M. de Maleville.

616. Le conseil de famille appelé à délibérer pour la nomination d'un nouveau tuteur doit être convoqué dans le lieu du *domicile naturel* du mineur, c'est-à-dire, de celui qu'il avait lors de l'ouverture de la tutelle, et non dans le lieu du

domicile du dernier tuteur (*Cass.*, sect. civ., 23 mars 1819, cassant un arrêt de la Cour de Paris, du 11 mars 1817. J. P., 2e. de 1819, pag. 358. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 325. —*Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 365) : « Vu l'art. 406 du Code civil ; considérant, que, aux termes de cet article, le tuteur doit être nommé par un conseil de famille convoqué devant le juge de paix du domicile du mineur; que, par ce domicile, l'article désigne formellement le *domicile naturel* du mineur, puisque, de sa disposition combinée avec celle de l'art. 405, il résulte que le domicile dont il parle est celui requis au mineur, avant toute nomination utile de tuteur; que le conseil de famille qu'il indique est également un conseil pris dans ce domicile, puisque suivant les art. 407 et 409, il doit être composé, outre le même juge, de parens et alliés pris dans la commune *où la tutelle est ouverte*, et dans la distance de deux myriamètres, ou, à défaut de ceux-ci, de citoyens de la même commune connus pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère du mineur; que cette attribution étant générale et absolue, comprend les nominations successives du tuteur comme la première; — Qu'on ne peut induire rien de contraire de la disposition de l'art. 108, suivant lequel le mineur a son domicile chez son tuteur; puisque cette disposition n'a pour objet de régler le domicile du mineur que pour la gestion du tuteur; d'où il suit que ce domicile cessant par la mort du tuteur, le *domicile naturel* du mineur

reprend sa force, et doit régir la nomination du nouveau tuteur ; qu'enfin si le conseil de famille devait suivre les juges de paix des divers domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs, il pourrait s'en suivre l'inconvénient grave de soustraire les tuteurs à la surveillance naturel du conseil de famille, et de livrer le mineur à l'arbitraire de conseils étrangers à sa personne et indifférens à ses intérêts, tandis que, en général, cet inconvénient cesse par l'attribution de toutes ces nominations à un conseil de famille composé de la manière prescrite par les art. 407 et 409, et convoqué devant le juge de paix du domicile naturel du mineur, conformément à l'art. 406 ».

Les mêmes motifs s'appliquent à toute autre délibération du conseil de famille, quel qu'en soit le sujet; d'où il faut conclure que le lieu de convocation du conseil de famille, pour quelque délibération que ce soit, ne change jamais, et est toujours le lieu où la tutelle s'est ouverte.

617. « La tutelle, dit l'art. 419 du Code, est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur ; et s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur ». Cette disposition était également observée dans l'ancienne jurisprudence, ainsi que l'attestent Rousseau-Lacombe et l'annotateur de la Peyrère, au mot *Tutelle*. De plus, suivant le droit romain, la tutelle ne finissait par la puberté du

pupille qu'autant que le tuteur provoquait la nomination d'un curateur. Ces deux règles ont été justement appliquées par la Cour de Pau dans une espèce où le tuteur était décédé en 1801, avant la promulgation du Code civil, et où la fille majeure du tuteur, sa seule héritière, n'avait point provoqué, lors du décès de son auteur, la nomination d'un nouveau tuteur ni d'un curateur au pupille, arrivé à l'âge de puberté, et était décédée elle-même en 1806, ne laissant que des enfans mineurs. La Cour a décidé que la tutelle, continuée après la puberté, avait continué encore sur la tête de l'héritière majeure ; mais non en la personne de ses enfans qui étaient mineurs lors de son décès (3 mars 1818. J. P., 2e. de 1818, pag. 540. *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 269).

§. VI.

Du subrogé tuteur.

618. *Les débiteurs du mineur ne peuvent refuser le paiement demandé contr'eux par le tuteur, sur le seul motif de non nomination de subrogé tuteur.*

619. *Celui qui n'est point parent du mineur ne peut être nommé subrogé tuteur, quand il existe des parens, d'ailleurs capables et non excusables, dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas.*

620. *Du pouvoir du subrogé tuteur.*

621. *De sa responsabilité.*

622. *Il peut voter dans les délibérations du conseil de famille, même quand il s'agit d'une destitution du tuteur provoquée par lui.*

618. Le tuteur, qui tient son titre de la loi ou de

la volonté du dernier mourant des père et mère, doit, avant d'entrer en fonctions, convoquer le conseil de famille pour la nomination d'un subrogé tuteur. Cette obligation, qui lui est imposée par l'art. 421 du Code dans l'intérêt du mineur, ne peut pas nuire à celui-ci; et conséquemment elle n'autorise ni le tuteur à négliger, dans l'intervalle, l'administration des biens du mineur, ni les tiers à s'opposer à l'exercice des actions intentées contr'eux par le tuteur, par suite de cette administration.

Ainsi les débiteurs du mineur ne peuvent, sur le seul motif du défaut d'accomplissement de cette obligation, refuser le paiement demandé contr'eux par le tuteur (Riom, 1er. mars 1817. J. P., 1er. de 1818, pag. 124. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 99. — *Denevers*, tom. XVI, 2e. part., pag. 42). A plus forte raison, se libèrent-ils valablement entre ses mains, quoiqu'aucun subrogé tuteur n'ait encore été nommé : car ils ne sont pas obligés de payer en présence du subrogé tuteur.

619. Quand le tuteur n'est pas frère germain du mineur, le subrogé tuteur doit être pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas (art. 423 du C. C.) Il suit de cette disposition que celui qui n'est point parent du mineur ne peut être nommé subrogé tuteur, quand il existe des parens, d'ailleurs capables et non excusables, dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas. Et la nullité d'une telle nomination peut être poursuivie par tout parent de cette ligne (Bordeaux, 20 août 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 479).

620. Les fonctions du subrogé-tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420 du C. C.). Delà deux conséquences naturelles :

1°. Son action, ni même sa présence, ne sont pas nécessaires dans les actes ou causes où le mineur n'a aucun intérêt opposé à ceux de son tuteur (Paris, 30 pluviose an XIII. Code civil, édition de Desenne, sur l'art. 420, n°. 4); si ce n'est dans les cas où elles sont spécialement requises par la loi, comme nous le verrons en d'autres lieux de cet Ouvrage, et notamment aux *Inventaires et Ventes*.

Dans les cas même exceptés où la présence du subrogé tuteur est requise, quoiqu'il n'y ait point opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le subrogé tuteur a bien qualité pour faire toutes observations et réquisitions dans l'intérêt du mineur, mais non pour s'opposer à ce que l'acte ait lieu s'il ne porte point préjudice au mineur. Ainsi jugé à l'égard d'une vente d'immeuble de mineur provoquée par le tuteur, pour cause de réparations reconnues nécessaires et à la charge du mineur (Turin, 7 janvier 1811. *Sirey*, tom. XI, 2e. part., pag. 272.—*Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 33).

621. 2°. Mais aussi lorsqu'il néglige d'agir pour l'intérêt du mineur, dans les actes où cet intérêt est opposé à ceux du tuteur, s'il le fait sciemment et pour favoriser la fraude de celui-ci, il encourt toute la responsabilité des suites de cette fraude (Paris, 1er. mai 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 56.—*Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 89).

Dans l'espèce, il y avait même prévarication directe de la part du subrogé tuteur, par les mauvais conseils qu'il avait donnés à la tutrice et la coopération qu'il avait prise à sa fraude en l'aidant.

Au reste, la loi n'ayant pas soumis le subrogé tuteur, plus que le conseil de famille, ou les proches parens, à une responsabilité générale de la gestion du tuteur, il n'encourt cette responsabilité, hors les cas prévus par la loi, que s'il y a dol de sa part, ou faute assimilable au dol dans les devoirs qui lui sont spécialement imposés par la loi.

622. La jurisprudence a signalé plusieurs autres différences entre le tuteur et le subrogé tuteur. Aux termes mêmes du Code civil, le tuteur ne peut voter, en aucun cas, pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423 du C. C.). Il ne peut provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille convoqués pour cet objet (art. 426 du C. C.). Le subrogé tuteur peut, au contraire, ainsi que le juge de paix, provoquer la destitution du tuteur (art. 446). Et la jurisprudence a, de plus, décidé que, s'il est membre du conseil de famille, il peut, en général, voter dans les délibérations, parce que la loi ne l'en déclare pas incapable, et que les incapacités ne doivent pas être étendues (*Cass.*, sect. des req., 3 septembre 1806. *Denevers,* tom. IV, 1re. part., pag. 633); qu'il peut même voter dans la délibération qui prononce sur la destitution qu'il a provoquée : car le juge de paix peut la provoquer, comme lui ; et la loi,

en supposant par son silence que la délibération se tient toujours sous la présidence du même juge de paix, il n'y a pas plus de raison d'exclure de la délibération le subrogé tuteur que le juge de paix dans le même cas (Rennes, 14 février 1810. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 424). On sent la raison de la différence entre le tuteur, qui ne peut provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille convoqués à cet objet, et le subrogé tuteur, qui a ces droits contre le tuteur. Le subrogé tuteur est le surveillant du tuteur : il est simple que le tuteur ne puisse agir contre un surveillant, dont les fonctions lui seront d'autant plus à charge qu'elles seront mieux remplies, et dont l'exactitude serait par conséquent, aux yeux du tuteur, un motif d'exclusion; tandis que le subrogé tuteur doit toujours avoir la faculté d'agir contre le tuteur, et trouver dans cette faculté une garantie de l'efficacité de sa surveillance.

Nous aurons occasion, en traitant de l'administration du tuteur, de signaler d'autres différences entre lui et le subrogé tuteur.

§. VII.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

623. *Le tuteur nommé par le conseil de famille peut se faire décharger de la tutelle, sur le motif que le mineur a des parens plus proches, capables et dignes de l'exercer.*

623. Quoique, à l'égard de la tutelle déférée par le conseil de famille, le Code n'ait point dé-

terminé expressément l'ordre des préférences qui devront être observées pour le choix du tuteur, et qu'il semble avoir, par là même, laissé toute latitude au conseil; cependant les parens ou alliés qui en font partie ne pourraient pas abuser de cette latitude pour se décharger du poids de la tutelle, en nommant un parent ou allié plus éloigné, non présent au conseil : et bien que celui-ci ne soit pas dans le cas prévu par l'art. 432(1), il peut se faire décharger de la tutelle, sur le motif que le mineur a des parens plus proches, capables et dignes de l'exercer, et qu'ils n'ont déduit aucunes raisons assez fortes pour s'en faire dispenser. Ce motif serait en effet suffisamment justifié par l'esprit des dispositions du Code. On y remarque que, pour la tutelle, les père et mère sont préférés à tous autres parens; que, après eux et le tuteur nommé par le dernier mourant d'eux, les ascendans sont préférés à tous les collatéraux. Et, quant à la tutelle dative, on y voit que, pour la composition du conseil qui doit la déférer, les frères germains et les maris des sœurs germaines du mineur, ainsi que les veuves d'ascendans et les ascendans valablement excusés, sont préférés à tous autres parens ou alliés; et qu'enfin le parent est préféré à l'allié du même degré. Le même esprit qui a dirigé ces ordres de préférence,

---

(1) « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parens ou alliés en état de gérer la tutelle » (art. 43 du C. C.).

dans l'intérêt du mineur, doit s'appliquer, dans le même intérêt, à la nomination du tuteur par le conseil de famille, en ce sens, au moins, que le conseil, en usant de la latitude que lui donne le silence de la loi, n'en élude pas frauduleusement l'esprit. Ainsi jugé à l'égard d'un cousin allié qui avait été nommé par un conseil de famille composé d'oncles paternels et maternels et d'un frère utérin du mineur (Lyon, 16 mai 1811. *Sirey*, tom. XII, 2ᵉ. part., pag. 56. — *Denevers*, tom. X, 2ᵉ. part., pag. 97).

§. VIII.

Des incapacités, des exclusions et destitutions de la tutelle.

624. *Les art. 442 et 445 du Code civil, sont limitatifs des causes d'incapacité.*

625. *La cécité ou autre infirmité grave est cause de dispense, mais non d'exclusion.*

626. *La qualité d'étranger est aussi cause d'exclusion.*

627. *Les causes de la faillite, mais non la faillite elle-même, peuvent être des causes d'exclusion ou de destitution.*

628. *De l'inconduite notoire de la mère.*

629. *L'incapacité et l'infidélité de gestion s'entendent aussi des soins dus à la personne du mineur.*

630. *Le tuteur légal peut être destitué.*

631. *Le tuteur qui n'a que perdu sa qualité d'habile doit continuer l'administration jusqu'à son remplacement.*

624. Avant d'entrer dans l'examen des cas particuliers, il convient de poser la règle générale; et nous la trouvons établie dans un arrêt de la Cour de cassation (sect. civ., rendu après

un *consultis classibus*, le 13 octobre 1807, cassant un arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 avril 1806. J. P., 1er. de 1808, pag. 81. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 473. — *Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 473). Suivant cet arrêt, les art. 442 et 445 du Code civil, qui établissent les causes d'incapacité ou d'indignité soit pour être tuteur, soit pour être membre d'un conseil de famille, sont limitatifs et non démonstratifs, et le juge n'y peut ajouter d'autres causes, sans commettre un arbitraire que la loi a voulu éloigner. « Considérant, a dit la Cour, qu'il est de principe qu'un individu légalement appelé à l'exercice d'un droit, d'une charge, d'une fonction quelconque, n'en peut être exclu, à raison d'incapacité ou d'indignité, que par un texte formel de la loi ; qu'aussi le Code, après avoir désigné ceux qui doivent former les conseils de famille, indique, dans les art. 442 et 445 les cas d'incapacité ou d'indignité qui peuvent faire encourir l'exclusion ; — Que ces articles, n'étant pas démonstratifs mais limitatifs, doivent être pris à la lettre ; que la preuve qu'ils sont limitatifs est dans les termes mêmes de leur rédaction, et surtout dans la nature des cas prévus, qui, bien évidemment, ne sont pas cités par forme d'exemple d'un principe vaguement posé ; — Qu'il suit delà que l'intention du législateur a été de ne rien laisser dans cette matière à l'arbitraire des tribunaux, et de n'éloigner des conseils de famille, que les individus spécialement désignés par les art. 442 et 445 ».

Dans cette espèce où il s'agissait, ainsi qu'on la

voit, d'exclure une personne, non de la tutelle, mais du conseil de famille seulement, la Cour ne s'est point expliquée sur l'art. 444, applicable seulement à l'exclusion ou destitution de la tutelle. Comme il y a, sur cet article même raison de décider, il faut dire aussi qu'il est limitatif et non démonstratif des causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle.

625. De cette règle générale on doit conclure que la cécité ou toute autre infirmité grave sont bien des causes de dispenses de tutelle, mais non d'exclusion; qu'ainsi le conseil de famille peut donner la tutelle à un parent atteint de cécité, qui consent d'en accepter les fonctions, et qui, d'ailleurs, est en état de les bien exercer (*Cass.*, sect. des req., 7 juin 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Grenoble, du 5 avril 1819. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 366).

626. Mais en faut-il conclure aussi que l'étranger ne devra pas être exclu de la tutelle d'un mineur français? Non, sans doute : car cette exclusion n'avait pas besoin d'être prononcée par une loi qui, n'étant, quant à la capacité active ou passive de tutelle, qu'un statut personnel, ne peut régir, sous l'un ou l'autre rapport, que des Français. Si donc le pays, auquel appartient le tuteur, vient à être séparé de la France, et que le mineur continue d'être Français, il y aura lieu de lui donner un autre tuteur (Colmar, 25 juillet 1817. J. P., 2e. de 1818, pag. 277.— *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 250.—*Denevers*, tom. XVII, 2e. part., pag. 2).

627. La faillite n'est pas mise au nombre des causes d'exclusion ou de destitution prévues par l'art. 444. De plus le failli ne perd pas l'exercice de tous ses droits civils. Tout failli n'est donc pas nécessairement exclu ou destituable de la tutelle. Mais les circonstances de la faillite peuvent prouver qu'il y a eu, chez le failli, inconduite notoire, ou incapacité, ou infidélité dans la gestion des affaires de son commerce ; et alors l'art. 444 lui est applicable. Dans ce cas, le père même peut être privé de la tutelle légale de ses enfans (Dijon, 28 prairial an XII. *Sirey*, tom. IV, 2e. part., pag. 166).

628. Une correspondance surprise, mais qui avait toujours été tenue secrète, quoique prouvant une liaison illicite de la mère, ne suffit pas pour caractériser l'inconduite *notoire*, et pour faire prononcer la destitution de tutelle (Bordeaux, 15 pluviose an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 103). Mais s'il y a faits de grossesse et d'accouchement raprochés, les juges ont pu ordonner une enquête pour constater la notoriété de l'inconduite, et prononcer la destitution sur les résultats de cette enquête (Aix, 24 août 1809. J. P., 2e. de 1814, pag. 39. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 290. — *Denevers*, tom. XII, 2e. part., pag. 29).

629. L'incapacité ou infidélité de gestion dont il est parlé en l'art. 444 ne s'entend pas seulement de la gestion des biens, mais aussi de la gestion des soins dus à la personne du mineur : car ces soins sont le principal objet des fonctions de la tutelle. Ainsi le tuteur qui élèverait mal le

mineur, celui qui laisserait séduire sa pupille, surtout par son propre fils, seraient destituables de la tutelle (Paris, 26 thermidor an IX. *Sirey*, tom. Ier., 2e. part., pag. 618).

630. Quoique le tuteur légal ne tienne pas son pouvoir du conseil de famille, il peut cependant être destitué, comme le tuteur datif, parce que l'art. 444 ne fait aucune distinction. *Voyez* l'arrêt de Dijon, du 28 prairial an XII, cité no. 627.

Mais on avait prétendu que la mère tutrice ne pouvait être destituée que dans le cas de convol, parce que c'est le seul cas prévu spécialement à son égard par le Code (art. 395). On ajoutait (ce qui serait aussi applicable au père), que la tutelle se rattachait, en sa personne, à la puissance paternelle, qu'elle ne pouvait perdre que par la mort civile ou l'émancipation. Ces raisons n'étaient d'aucun poids. D'abord, et nous l'avons établi (no. 599), la mère à qui la tutelle est ôtée, en cas de convol ou pour cause de convol, n'est pas réputée destituée; et en second lieu, il faut distinguer, en sa personne, les droits de la puissance paternelle comme mère, et les droits de la tutelle. On peut, en lui conservant les premiers, lui ôter les seconds. On le peut, en vertu de l'art. 444, qui ne distingue point entre les diverses sortes de tutelles (Riom, 4 fructidor an XII. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 683).

Et cette décision est également applicable au père adoptif (Besançon, 4 août 1808. J. P., 3e. de 1810, pag. 161. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 264. — *Denevers*, tom. III, 1re. part., pag. 8).

631. Nous avons vu plus haut (nº. 601) que la mère qui avait perdu la tutelle, pour cause de convol sans convocation du conseil de famille, pouvait et devait même continuer l'administration jusqu'à son remplacement. Il en est de même de tout tuteur qui n'a que cessé d'être habile, par exemple, le tuteur français devenu étranger (arrêt de Colmar, du 25 juillet 1817, cité nº. 626). *Voyez* les raisons que nous en avons données à l'égard de la mère.

§. IX.

De l'administration du tuteur.

632. La plupart des actes que le tuteur fait pour le mineur ont des règles communes avec les mêmes actes que font les majeurs. Ils ont aussi des règles qui leur sont particulières. Quoique ces dernières soient fondées sur la protection

due à la faiblesse de l'âge, cependant elles s'entendent mieux après l'exposé des règles qui, dérivant de la nature de l'acte même, sont communes aux majeurs et aux mineurs. Par ce motif, nous renverrons aux titres correspondans du IIIe. livre du Code, toutes les questions qui concernent le mineur ou son tuteur relativement aux partages et licitations, aux donations ou legs, aux ventes et pactes de rachat, aux transactions, aux hypothèques, etc. Nous ne traiterons ici que les questions qui peuvent nous aider à fixer les principes généraux de l'administration du tuteur, ou celles qui ne trouveraient pas une place plus convenable dans le IIIe. livre du Code.

633. Le tuteur a sur le mineur et sur ses biens une autorité étendue, qui toutefois ne s'exerce ni durant le même tems ni de la même manière sous l'empire du Code civil, que sous les lois romaines.

On a vu, au commencement de ce titre (no 586), que, suivant le Droit romain, et dans nos provinces de droit écrit qui en suivaient les dispositions, il n'y avait que les mineurs émancipés et impubères qui fussent sous l'autorité d'un tuteur, et que les mineurs pubères, et sortis de la puissance paternelle, recevaient des curateurs, tant qu'ils n'avaient pas l'âge de 25 ans accomplis. C'étaient aussi des curateurs qu'on donnait aux insensés, aux furieux et aux prodigues. Quant à la manière d'exercer l'autorité, le tuteur y remplaçait le mineur dans un âge tendre, c'est-à-dire, dans la première moitié de l'âge impubère;

et, dans la seconde, il ne faisait que suppléer à la faiblesse du mineur. Dans le premier cas, ce n'était point le pupille qui agissait, mais toujours le tuteur; dans le deuxième, le pupille n'agissait que conformément à la volonté et sous la direction du tuteur.

Sous l'empire du Code civil, comme autrefois dans nos pays coutumiers, on ne distingue point, pour les effets de la tutelle, non plus que pour sa durée, l'âge impubère de l'âge de puberté, et, durant toute la minorité, le tuteur agit seul pour le mineur, sans intervention de celui-ci, et ne se borne pas à en approuver les actes. Il faut ajouter cependant que, à l'exemple du Droit romain, après la première moitié de l'âge impubère, le mineur pouvait, dans nos pays coutumiers, comme il le peut *en général* sous l'empire du Code civil, rendre sa condition meilleure sans l'autorité ni l'intervention du tuteur. On ne donne aussi aujourd'hui que des tuteurs aux insensés et aux furieux, et des conseils judiciaires aux prodigues. Les mineurs émancipés ne reçoivent que des curateurs, et n'ont besoin de leur assistance que pour les actes qui excèdent l'administration de leurs biens.

634. Suivant le premier paragraphe de l'art. 450 du Code civil, le tuteur prend soin de la personne du mineur, et le représente dans tous les actes civils.

Le soin de la personne comprend le droit et l'obligation d'élever l'enfant, et de diriger sa conduite. Le tuteur a donc essentiellement le

droit de faire l'éducation du mineur. C'est la règle générale, elle a pour motif que le tuteur remplace le père. Mais cette règle a, comme presque toute règle genérale, ses exceptions, puisées d'abord dans la nature des choses, et ensuite dans le motif même qui l'a dictée, l'intérêt du mineur.

Il est dans la nature des choses que, en cas de division sur deux têtes de la puissance paternelle et de la tutelle, le droit direct des soins de la personne et par conséquent de l'éducation, qui appartient plus encore à la puissance paternelle, dont il est une émanation, qu'à la tutelle, dont il n'est qu'un attribut, demeure à la première, et se réduise à un droit de surveillance dans la seconde. Aussi avons nous vu la question décidée dans ce sens au titre de la puissance paternelle, et dans ce titre n°. 600.

Le motif de la loi, qui a voulu que, dans l'intérêt du mineur, le droit d'éducation fût un des attributs principaux de la tutelle, doit permettre aussi qu'il en soit détâché quand l'intérêt du mineur l'exige. Le Droit romain et notre ancien Droit français, avaient des dispositions qui autorisaient expressément cette séparation. *Voyez* la loi 5 ff., *Ubi pupillus educari vel morari debeat*, la loi 1re. C. *Ubi pupilli educari debeant*; l'arrêt de réglement du 7 mars 1673, sur le fait des tutelles en Normandie(art. 29). Le Code civil, il est vrai, n'en contient aucune disposition expresse; mais son silence ne doit pas faire rejeter les exceptions voulues par le motif même qui a dicté la règle générale; et ici il semble naturel de re-

courir aux lois romaines, comme raison écrite. Le seul doute serait de savoir si le soin direct de la personne et de l'éducation peut être séparé de la tutelle, non seulement lors de la nomination du tuteur, mais encore dans le cours de la tutelle, sans motif grave et par la seule raison du plus grand intérêt du mineur. Nupied, qui a commenté le réglement du 7 mars 1673, pensait que si les parens n'avaient pas fait le choix d'une autre personne ou d'un autre lieu pour l'éducation du mineur, lors de la nomination du tuteur, ils ne pouvaient plus le faire dans la suite. Cette distinction n'est fondée que sur l'injure prétendue qui en résulterait pour le tuteur. Mais un tel motif ne peut prévaloir sur l'intérêt du mineur qui est l'objet principal de la tutelle, et d'où par conséquent toutes les règles sur la tutelle doivent être déduites. Au surplus ni le Droit romain, ni notre Droit commun de la France n'admettaient cette distinction; et la Cour de cassation l'a rejetée avec raison dans le nouveau Droit (sect. des req., 8 août 1815, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Rouen, du 5 mai 1814. J. P., 1er. de 1816, pag. 134. — *Sirey*, tom. XV, 1re. part., pag. 321. — *Denevers*, tom. XIII, 1re. part., pag. 446). « Attendu que, sous l'empire du Code civil, comme sous l'ancienne législation, dont il n'a fait qu'adopter les bases, la tutelle n'est instituée que dans l'intérêt du mineur; et que, s'il s'élève quelque doute sur ce qui est le plus avantageux au mineur, la loi permet de recourir au magistrat, qui con-

sulte la famille, et prononce ensuite selon sa conscience et ses lumières ».

635. Puisque le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils, il doit agir pour le mineur dans tous les actes civils, où celui-ci agirait s'il était majeur, sauf les cas d'exception prévus par la loi, tels que celui où il a des intérêts opposés à ceux du mineur, et sauf encore l'autorisation préalable du conseil de famille, et les autres formalités prescrites par la loi, quand il s'agit d'actes qui excèdent l'administration des biens du mineur. Recevoir un remboursement offert ou exigible, même de capitaux considérables, n'est, dans notre droit, qu'un acte d'administration, qui par conséquent n'exige ni autorisation préalable du conseil de famille, ni ordonnance du juge, ni présence du subrogé tuteur, ni enfin aucune formalité extraordinaire. Dans le Droit romain, la loi 46, §. 5 et 7 ff. *de admin. et periculo tutor.*, décidait bien que les débiteurs qui avaient payé au tuteur durant la tutelle étaient libérés de plein droit envers le pupille : mais la loi 25 au Code *de admin. tutor. vel curat.*, voulait qu'à l'égard des remboursemens, pour leur validité, ils fussent autorisés par le juge ; et cette loi, ainsi que la loi 27 du même titre, n'exceptait de la nécessité de cette autorisation que le simple paiement de revenus, pensions, et intérêts non accumulés ; et la Cour de Turin l'a ainsi jugé pour un paiement fait avant le Code civil, parce que les statuts du pays étaient conformes à ces dispo-

sitions du Code de Justinien (22 décembre 1807. *Sirey*, tom. VII, 2ᵉ. part., pag. 728). Mais elles n'étaient point admises dans notre Droit français, comme l'attestent Domat, tit. 1ᵉʳ., sect. 2, §. 4; Pothier, *Traité des Obligations*, nº. 478; Bourjon, en son *Droit commun de la France;* et Valin, sur la *Coutume de la Rochelle*. Le Code civil n'a point dérogé, en ce point, à notre ancienne jurisprudence, dont il a pris les bâses, en ce qui concerne l'administration du tuteur. Ainsi les paiemens faits de capitaux, entre les mains du tuteur, sur sa simple quittance, sont valables et libèrent parfaitement le débiteur (*Cass.*, sect. civ., 30 juin 1807, cassant un arrêt de la Cour de Lyon, du 10 fructidor an XIII. *Sirey*, tom. VIII, 1ʳᵉ part., pag. 275). La tutrice était en outre, dans l'espèce, usufruitière des biens de la succession de son mari, d'où ces capitaux dépendaient.

A plus forte raison, le tuteur autorisé par jugement à poursuivre la délivrance d'un legs de somme mobilière, fait à son mineur, a-t-il capacité suffisante pour le recevoir (Paris, 6 floréal an XI. J. P., 2ᵉ. de l'an XI, pag. 284.—*Sirey*, tom. III, 2ᵉ. part., pag. 283).

L'acquéreur même d'un immeuble, appartenant au mineur, en rembourse valablement le prix au tuteur; et il n'est pas obligé d'en suivre l'emploi, bien qu'une des clauses de l'adjudication porte que le tuteur sera tenu de faire emploi du prix et d'y appeler l'adjudicataire (Paris, 22 germinal an X. *Sirey*, tom. II, 2ᵉ. part., pag. 153); ou bien qu'elle porte que l'adjudicataire conservera entre ses mains le prix, jusqu'à ce qu'il en

ait été fait emploi, ou jusqu'à ce que les mineurs aient atteint leur majorité (Paris, 16 floréal an X. *Sirey*, tom. II, 2e. part., pag. 179). La première de ces clauses n'imposant aucune obligation à l'acquéreur, ne déroge point, à son égard, à la faculté générale que tout débiteur a de se libérer; et la seconde est plutôt une faculté accordée à l'acquéreur de ne payer qu'au cas prévu qu'une obligation de ne pas payer auparavant. Car le terme de paiement est toujours reputé stipulé en faveur du débiteur seulement, s'il ne résulte pas clairement des expressions de la convention qu'il a été stipulé aussi en faveur du créancier, comme s'il eut été dit dans l'espèce : *l'acquéreur sera tenu de conserver*, etc. Et dans ce cas même, si la clause n'a été convenue qu'entre le tuteur et l'adjudicataire, si elle n'a pas été imposée par le conseil de famille, l'acquéreur se sera libéré valablement entre les mains du tuteur qui aura consenti de recevoir avant le terme convenu.

636. Le conseil de famille ne peut empêcher l'exercice d'aucun acte de simple administration des biens du mineur. Partout, en effet, où le tuteur a capacité suffisante, il est indépendant de l'autorité du conseil de famille. Si donc le conseil s'opposait au remboursement d'un capital entre les mains du tuteur, l'opposition serait nulle, et ne pourrait empêcher le remboursement; le débiteur devrait être condamné à payer, nonobstant l'opposition. En vain on alléguerait que le conseil de famille a droit de surveiller les opérations du tuteur, et d'interposer son autorité pour prévenir des actes qui pourraient nuire aux

mineurs. Mais d'abord, le droit de surveillance qui n'est, par sa nature, que le droit d'observer ou d'examiner, ne peut pas être confondu avec le droit d'empêcher des actes ou de s'y opposer. Et, en second lieu, la loi, comme la jurisprudence, n'a ouvert au conseil de famille qu'une voie pour prévenir les actes d'une mauvaise administration de la part du tuteur; c'est la voie de la destitution, dans les cas prévus par la loi, dans ceux où elle préjuge que l'administration des biens du mineur doit ou peut être enlevée au tuteur. Le conseil ne peut donc que surveiller l'emploi des capitaux dont le remboursement est offert ou exigé; et que destituer le tuteur en cas de malversation ou d'incapacité (Riom, 15 avril 1809. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 288).

637. La loi a dû prendre des précautions pour que l'autorité si grande des tuteurs établie en faveur du mineur, ne pût pas tourner contre lui; elle a dû prohiber tous les actes par lesquels il eût été possible que le tuteur s'avantageât au détriment de son pupille. Ainsi l'art. 450 du Code porte que « il ne peut acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille ».

Cette prohibition est tirée de la loi 34, § VII, ff. *de Contrahendâ emptione;* mais la loi 5, Cod. même titre, permettait au tuteur d'acheter les biens du pupille publiquement et de bonne foi, *cùm ipse tutor nihil ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, comparare palàm, et bonâ fide, prohibetur;* et

la Cour de Colmar (16 février 1808. *Sirey*, tom. X, 2e part., pag. 565), appliquant cette exception à une vente faite sous l'empire des anciennes lois, a jugé que la vente faite en justice d'immeubles du pupille à son tuteur, qui s'en était rendu adjudicataire publiquement et de bonne foi, était valable. Mais cette exception ne pourrait pas être admise sous l'empire du Code civil, qui, loin de distinguer, comprend, dans sa prohibition, non-seulement les simples ventes, mais encore les adjudications (art. 1596), et par conséquent les adjudications faites en justice.

L'on conçoit le motif de la disposition de l'art. 450 : du moment que le tuteur agit pour lui-même, il opère la division entre sa personne et celle du mineur, qui auparavant étaient confondues ; il ne peut plus autoriser dans sa propre cause (1), et le mineur, privé de lui, a besoin d'un autre appui ; le subrogé tuteur vient alors remplacer le tuteur. Mais comme le subrogé tuteur n'est point établi pour gouverner la personne, ni pour administrer les biens du mineur, mais seulement pour surveiller le tuteur (420) ; comme, lorsqu'il traiterait avec le mineur, le tuteur serait toujours là pour surveiller les intérêts du mineur ; comme l'effet de la prohibition doit cesser avec sa cause ; comme la prohibition de l'art. 450 est une exception à la règle générale qui permet à toute personne de contracter, à moins qu'elle n'en

(1) Quià in rem suam auctor esse non potest. L. 1, §. 13, ff. *ad senat. trebel.*

soit déclarée incapable par la loi (1123 du C. C.), et est dès-lors de droit strict ; comme l'incapacité prononcée par l'art. 450 est restreinte au tuteur, et n'est, par aucun article, étendue au subrogé tuteur, il faut décider qu'elle ne saurait atteindre ce dernier (Rouen, 27 avril 1814. J. P., 2e. de 1817, pag. 410).

Cet arrêt déclare également, dans ses attendus, par le principe que l'exception est de droit strict, que cette prohibition ne concerne pas non plus le tuteur spécial dont il est question dans l'art. 417. Probablement la Cour parle du cas où il s'agirait de biens autres que ceux pour lesquels ce tuteur spécial a été nommé : car, relativement aux biens pour lesquels il a été nommé, les règles établies pour le tuteur général, s'appliquent au tuteur spécial, qui doit lui être assimilé, tandis que relativement aux autres biens il n'est qu'un étranger.

638. De peur que le tuteur, une fois qu'il serait en possession des papiers de la succession, ne vînt à soustraire des quittances a lui données de créances qui lui auraient été dues anciennement, l'art. 451 lui prescrit de déclarer, dans l'inventaire, et à peine de déchéance, ce qui lui est dû par le mineur. Cette raison n'existe point relativement au subrogé tuteur, qui ne gère point, et l'obligation n'étant d'ailleurs imposée par l'article *qu'au tuteur*, le texte, comme l'esprit de la loi, défendent également d'étendre cette disposition au subrogé tuteur (Paris, 14 février 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 358. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 59. — *Denevers*, tom. XVI, 2e part., pag. 24).

639. Le principe général, à l'égard des actes qui excèdent l'administration des biens du mineur, est que le tuteur ne peut les faire sans une autorisation préalable du conseil de famille.

Mais, entre ces actes, il en est plusieurs pour lesquels la loi ou la jurisprudence requièrent, en outre, d'autres formalités.

Ainsi, à l'exception des réparations ordinaires et de simple entretien, dont le tuteur peut faire la dépense sur les revenus du mineur, sans aucune formalité, parce que cette dépense n'est qu'un acte d'administration, toutes les autres réparations, soit nécessaires, soit seulement utiles ou d'agrément, ne peuvent être faites qu'après autorisation du conseil de famille, et visite préalable d'experts, pour constater l'état des lieux et la nécessité ou l'utilité des réparations. Et si elles n'ont pas été ainsi faites, elles ne doivent point être allouées en compte au tuteur : car elles sont des actes de propriété qui excédaient les bornes de sa capacité ; et, sous ce point de vue, il n'a pas été en droit de les faire sans autorisation du conseil de famille ; et, en second lieu, si on les lui allouait sans les formalités voulues par la loi et la jurisprudence, qui y a ajouté la visite préalable d'experts, l'intérêt du mineur pourrait être lésé (Paris, 12 ventose an XI. J. P., 2e. de l'an XI, pag. 291. — *Sirey*, tom. III, 2e. part., pag. 287).

Il faut dire cependant que, si elles avaient réellement profité au mineur, le tuteur aurait contre lui l'action qu'on appelait, en Droit romain, *de in rem verso*, pour se faire indemniser par lui de tout ce dont il serait devenu plus riche,

parce que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui ; à moins que, par les circonstances, il n'apparût que le tuteur eût voulu en gratifier le mineur, comme on le jugea dans l'espèce ci-dessus citée, où le père, tuteur, d'ailleurs riche, n'avait fait les dépenses d'amélioration que sur des biens communs entre lui et ses enfans.

§. X.

Des comptes de tutelle.

640. *Le tuteur n'est tenu de rendre compte de sa gestion que lorsqu'elle finit.*

641. *Il est réputé comptable, en ce sens qu'il peut être condamné à la contrainte par corps, même après compte valable et définitif, tant qu'il n'a pas payé le reliquat.*

642. *Aujourd'hui les parties majeures peuvent aussi compter à l'amiable ou devant des arbitres.*

643. *Mais ces arbitres ne peuvent juger les contestations sur le compte. Ils ne peuvent exercer que les fonctions de mandataires ordinaires, ou de conseils.*

644. *L'intervention de la justice n'est pas même requise lorsque le pupille est encore mineur, s'il n'y a ni poursuite en reddition de compte, ni contestation sur le compte.*

645. *Le compte et les pièces justificatives doivent absolument être remis dix jours au moins avant l'approbation du compte.*

646. *C'est une marche vicieuse que de faire reconnaître seulement la remise des pièces, sans faire reconnaître aussi la remise du compte.*

647. *La nullité prononcée par l'art.* 472 *s'applique même aux traités faits par contrat de mariage ; bien que le pupille mineur y ait été assisté de ses parens, ou du conseil de famille, ou que le pupille fût alors en majorité.*

648. *Elle ne s'applique pas aux traités qui n'ont aucun rapport à la tutelle.*

649. *Tout traité entre le tuteur et son pupille est valable, quand il n'y a pas matière à compte de tutelle.*

650. *Le reliquat produit des intérêts, non pas seulement du jour de la clôture du compte, mais aussi du jour de la demande en justice.*

651. *La partie lésée par des erreurs ou omissions ne peut exiger un nouveau compte, mais seulement relever les articles qui lui font grief.*

652. *La prescription de dix ans, à compter de la majorité relativement aux faits de la tutelle, s'applique à l'action en reddition de compte :*

653. *Même aux actions contre le compte rendu.*

640. Tout tuteur est comptable de sa gestion, c'est-à-dire sujet à l'action principale en reddition de compte, et à toutes les actions accessoires qui en dérivent.

Il semble contraire à la raison de demander compte d'une administration qui dure encore. Aussi voit-on que sous l'ancienne jurisprudence, et sous les lois romaines, le tuteur n'était tenu de ne rendre compte qu'à la fin de sa gestion, soit que la demande en compte lui fut faite par le pupille, (L. 1, §. ult. L. 9, §. IV, L. 16, ff. *de Tutel. et ration. distrah.*), soit qu'elle le fût par ses co-tuteurs (L. 12, *de adm. et peric. tut.*); et bien que pendant sa charge il fut exilé (L. 32, §. ult. Eod. tit.), ou qu'on lui eût adjoint un curateur, par soupçon contre son administration (L. 9, §. 5, *de tut. et rat. distr.*) *Voyez* Rousseau-Lacombe, au mot *Tutelle.*

Le Code civil n'impose aussi au tuteur l'obligation de rendre compte qu'à la fin de sa gestion. C'est ce qui résulte, et de la disposition de l'art.

469 du Code civil, et des art. 470 et 471, combinés avec l'art. 469. Mais l'art. 470 donne pouvoir au conseil de famille d'assujettir tout tuteur, autre que les père et mère, à remettre, à certaines époques, au subrogé tuteur, des états de situation de sa gestion, sans pouvoir néanmoins l'astreindre à en fournir plus d'un chaque année. « Ils remplacent, dit M. Toullier, les comptes provisoires auxquels l'édit *des Tutelles* assujettissaient les tuteurs (Duparc-Poullain, *Principes du Droit*, tom. Ier., pag. 297), et que la commission, chargée de rédiger le projet de Code, proposait de rétablir, mais qui furent rejetés». Ainsi la règle de droit, que le compte ne peut être demandé qu'à la fin de la gestion, a été conservée dans sa pureté; et ce fut sans doute pour ne la point violer, que la Cour de Bruxelles, en condamnant un tuteur suspect à rendre compte avant l'expiration de la tutelle, motiva sa décision sur le contrat judiciaire formé entre les parties par les offres faites et acceptées dans le jugement qui avait ordonné la reddition du compte (28 floréal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 376).

641. L'art. 1er., tit. XXIX de l'ordonnance de 1667, disait : « Les tuteurs.... seront tenus de rendre compte aussitôt après que cette gestion sera finie, et *seront toujours réputés comptables*, encore que le compte soit clos et arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquat, s'il en est dû, et remis les pièces justificatives ». Il est clair que le mot de *comptable* n'était pas pris ici dans le sens d'un tuteur obligé à rendre un nouveau compte,

puisque l'ordonnance suppose le compte clos et arrêté, mais seulement dans le sens d'un tuteur contre lequel le pupille conservait toutes les actions que la loi accordait contre les comptables, en matière de tutelle, pour le paiement du reliquat et la remise des pièces justificatives. Le compte de tutelle pouvait donc être valable et définitif, quoique, aux termes de l'ordonnance, le tuteur fût demeuré comptable faute d'avoir satisfait à la double condition imposée par l'ordonnance (Bruxelles, 25 août 1810. J.P., 1[er] de 1812, pag 300. — *Sirey*, tom. XI, 2[e]. part., pag. 122.— *Denevers*, tom. X, 2[e]. part., pag. 90. *Voyez* ce que nous disons ci-après sur l'art. 472.

C'est ainsi qu'aujourd'hui encore il est laissé à la prudence des juges de prononcer la contrainte par corps, pour reliquat de compte de tutelle (art. 126 du Cod. de proc. civ.). Après même que le compte a été valablement rendu et arrêté, et que par conséquent les pièces justificatives ont été remises, à l'exemple de l'ordonnance de 1667, la loi nouvelle continue de considérer le tuteur comme comptable, tant qu'il n'a point payé le reliquat de son compte.

642. Dans l'ancien Droit, suivant Rousseau-Lacombe, le compte devait être rendu devant le juge qui avait commis le comptable; et, s'il n'avait été commis en justice, devant le juge de son domicile.

Cependant les parties majeures pouvaient compter par devant des arbitres, ou à l'amiable (*Ordonnance de* 1667, tit. XXIX, art. 22).

A l'égard même des mineurs, les Notaires de Paris obtinrent, contre les commissaires enquêteurs au Châtelet, le 15 mars 1752, un arrêt qui les maintînt dans le droit « de faire toutes sortes de comptes, partages et liquidations volontaires, même *entre mineurs*, conformément aux édits et réglemens ». Cet arrêt fut publié au Châtelet; les commissaires y formèrent une tierce opposition, dont ils furent déboutés par un autre arrêt rendu contradictoirement, le 23 mai 1752. Ils se pourvurent en Cassation; mais leur demande fut encore rejetée par arrêt du conseil, du 24 janvier 1757 (*Répertoire de Jurispr.*, au mot *Compte*).

L'art. 12 du tit. X de la loi du 24 août 1790 introduisit une nouvelle forme de compte de tutelle pour les mineurs. Elle ordonna que le compte serait rendu *judiciairement* devant le tribunal de famille. Et à ce sujet, s'est élevée la question de savoir si de tels comptes devaient être réputés rendus judiciairement, quoique non homologués en justice, ni déposés pour minute chez aucun officier public. La loi du 24 août 1790 n'ayant requis ni l'une ni l'autre de ces deux formalités, on doit décider qu'aucune d'elles n'a été nécessaire pour donner à ces comptes le caractère de comptes rendus judiciairement, qu'ils tiennent du texte même de l'art. 12, tit. X de cette loi (*Cass.*, sect. des req., 26 mai 1807. J. P., 2e. de 1807, pag. 357. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 356.—*Denevers*, tom. V, 1re part., pag. 356).

Le projet du Code Civil portait que le compte, appuyé de pièces justificatives, serait présenté dans

un conseil de famille convoqué devant le juge-de-paix; — Que si l'oyant-compte contestait le résultat, et que le conseil de famille ne parvînt point à rapprocher les parties, elles seraient renvoyées devant les tribunaux; — Que, au cas contraire, le conseil de famille nommerait un conseil spécial, pris, autant que faire se pourrait, parmi les jurisconsultes ou hommes de loi, lequel examinerait particulièrement le compte, etc. Ces articles, et ceux auxquels ils étaient joints, furent renvoyés, par le conseil d'Etat, à la section de législation, pour en retrancher les dispositions qui blessaient le droit, que le pupille acquiert par la majorité, de régler par lui-même ses affaires.

Le motif de ce renvoi, la suppression d'articles qui en a été la suite, et les formalités que requiert seulement l'art. 472, dont nous parlerons plus bas, prouvent que, sous l'empire du Code civil, comme sous l'ordonnance de 1667, les parties majeures peuvent compter à l'amiable ou devant des arbitres; qu'ainsi le compte de tutelle peut, entre elles, être fait devant Notaire.

643. L'art. 1004 du Code de procédure civile, qui porte la prohibition de compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public, et l'art. 83 du même Code, qui ordonne communication au procureur du Roi, des causes concernant les tutelles, ne forment point obstacle à cette faculté des majeurs, de compter devant des arbitres, tant qu'il n'y a point contestation à juger, parce que les arbitres ne sont alors que des mandataires ou

conseils chargés d'examiner le compte, comme l'eussent pu faire elles-mêmes les parties majeures.

Mais si le compte donne lieu à des contestations, alors non-seulement elles sont poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile (art. 473 du C. C.) ; et il y a lieu aussi d'y appliquer les art. 83 et 1004 du Code de procédure civile, qui, combinés ensemble, ne permettent pas de compromettre sur les contestations ou causes, *lites*, concernant les tutelles.

Le Notaire qui rédige un acte de nomination d'arbitres, pour un compte de tutelle, ne doit donc pas lui donner la forme d'un compromis, d'où résulterait, pour les arbitres, le droit de juger les contestations sur le compte et de prononcer par voie d'arbitrage ; mais seulement lui donner la forme d'un mandat ou pouvoir à l'effet d'entendre le compte, de le débattre, et de l'arrêter, ou seulement d'y assister, de l'examiner, et d'éclairer de leurs avis les parties, comme le pourraient faire de simples mandataires ou conseils.

Cependant MM. Toullier et de Maleville, en disant que les parties majeures peuvent compter devant des arbitres, ne font pas cette distinction. Mais lors du commentaire de M. de Maleville, le Code de procédure civile n'existait pas encore.

644. *Quid*, lorsque le pupille est encore mineur? « Si le pupille est encore mineur, dit M. Toullier, quand même il serait émancipé, le compte ne peut être rendu qu'en justice ; sauf,

après la reddition, à transiger sur les débats, dans la forme prescrite par l'art. 467 ». M. de Maleville croit aussi que le compte rendu au mineur émancipé ne peut être renvoyé à des arbitres. M. Merlin (*Répertoire de jurisp.*, au mot *Compte*), dit : « Le Code civil soumet les tuteurs à deux sortes de comptes : l'un par bref état, qui peut être exigé chaque année ; l'autre définitif ; et il n'exige, ni dans l'un ni dans l'autre, l'intervention de la justice ». L'opinion de M. Merlin nous paraît mieux fondée. Non-seulement le Code civil n'exige pas l'intervention de la justice dans le compte définitif, lors même que l'oyant est mineur. Mais on voit, dans les articles supprimés du projet de la commission que le compte même rendu au mineur ne devait être présenté que dans un conseil de famille, examiné ensuite particulièrement par un conseil spécial choisi par le conseil de famille, et que les parties ne devaient être renvoyées devant les tribunaux qu'en cas de contestation. Ces articles n'étaient qu'une modification du système, qui, sous le régime intermédiaire de la loi du 24 août 1790, avait déjà écarté l'intervention de la justice dans les comptes de tutelle, pour ne les soumettre qu'à un tribunal de famille ; et s'ils furent supprimés, ce ne fut point pour déroger à ce système en cas de minorité, mais seulement pour rendre aux parties majeures la faculté de régler par elles-mêmes leurs affaires, comme on le voit par le procès-verbal de la discussion du conseil d'Etat (*Conférence du Code civil*, édition de

Didot). Ainsi l'histoire même de notre législation confirme l'opinion de M. Merlin ; et on peut l'appuyer encore : 1°. de l'art. 480 du Code civil, en disant que « le compte de tutelle sera rendu au mineur, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille », n'ajoute point que ce compte sera rendu en justice ; 2°. de tout le tit. IV du liv. V du Code de procédure sur les *Redditions de compte*, qui, également applicable aux majeurs et aux mineurs, dispose seulement pour le cas de poursuite contre les tuteurs, et veut qu'alors le jugement, portant condamnation de rendre compte, commette un juge, mais se tait sur les redditions de compte non provoquées par poursuites judiciaires ; 3°. et enfin de toute la sect. IX *des Comptes de la tutelle*, au titre *de la Minorité*, Code civil, dont l'art. 473 requiert seul l'intervention de la justice, et seulement pour le cas de contestations sur le compte.

645. Nous avons vu (n°. 642) que, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, le défaut de remise des pièces n'annullait pas le compte.

L'art. 472 du Code civil a introduit, sous ce rapport, un droit nouveau. « Tout traité, y est-il dit, qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives : le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité ».

Il en résulte donc clairement qu'il faut rendre le compte au pupille et lui remettre les pièces à

l'appui, au moins dix jours avant qu'il n'approuve le compte, puisque l'approbation du compte est un traité sur le compte (Aix, 10 août 1809. *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 383).

Vainement dirait-on que, par *traité*, la loi n'entend ici qu'une composition. La loi, comme l'a dit la Cour d'Aix, ne distingue pas; et quand l'art. 472 parle de *tout traité*, il s'explique d'une manière générale, qui s'applique nécessairement à tout accord entre le tuteur et l'oyant. Cette distinction, d'ailleurs, peut d'autant moins être admise, que les formalités prescrites ont été ordonnées pour garantir l'oyant, même devenu majeur, de toute surprise, parce que la loi suppose, comme le fait observer M. Pigeau, en sa *Procédure civile*, « que l'autorité morale du tuteur durant encore, il aura pu en abuser, ou que le pupille peu expérimenté, et brûlant du désir de jouir enfin de ses droits, se sera décidé trop légèrement à des sacrifices immodérés ».

La Cour d'Aix a encore jugé avec raison, par le même arrêt, que la déclaration insérée dans l'arrêt de compte, portant que l'oyant avait pris connaissance, soit précédemment, soit le jour même, du compte en recettes et en dépenses, ne pouvait suppléer en aucune manière au récépissé; et que la déclaration faite ultérieurement, et hors de l'acte, par le Notaire, portant que la remise du compte et des pièces avait eu lieu dix jours auparavant, ne pouvait réparer le défaut de récépissé délivré dix jours avant l'arrêté de compte.

Mais que devrait-on décider si l'acte d'arrêté

de compte portait reconnaissance expresse par l'oyant que le compte et les pièces lui ont été remis dix jours auparavant ? Nous pensons que la décision, dans ce cas, devrait encore être la même, parce qu'autrement il serait trop facile d'éluder les intentions de la loi, qui ont été de prémunir l'oyant contre l'ascendant moral que le tuteur a pu conserver sur lui ; n'étant pas plus difficile d'obtenir à la faveur de cet ascendant moral, une telle déclaration de l'oyant, que de lui faire approuver le compte sur-le-champ et sans examen. D'ailleurs le texte de l'art. 472 ne nous semble pas laisser le moindre doute : « Le tout *constaté*, dit l'article, par un récépissé de l'oyant-compte, *dix jours* au moins avant le traité». S'il faut que cette remise du compte et des pièces justificatives soit non-seulement faite, mais *constatée dix jours avant* le traité, il n'est donc plus tems de constater seulement par le traité qu'elle a été faite dix jours auparavant. La Cour de Paris, en décidant cette question dans le sens contraire, par un arrêt du 3 janvier 1812 (*Sirey*, tom. XII, 2.e part., pag. 48) n'a pu qu'être entraînée par des circonstances particulières à la cause, comme la bonne foi du tuteur, la remise qu'il avait faite du reliquat à lui dû, et la conviction où étaient les juges que le compte et les pièces avaient été, cinq mois avant le traité, entre les mains de l'oyant.

646. Quelquefois des Notaires font passer à l'oyant-compte une reconnaissance de remise de pièces, et, dix jours après, il approuve le compte de tutelle. Cette marche est vicieuse ; elle est con-

traire à l'esprit de la loi et à son texte. L'esprit de la loi est que l'oyant-compte puisse comparer le compte avec les pièces sur lesquelles il a été fait, et, par conséquent, que la remise des deux ait lieu simultanément. A quoi servirait la remise des pièces, sans le compte même? Ce ne pourrait être que pour donner au pupille le moyen de faire, de son côté, un compte, qu'il comparerait avec celui qu'on lui présenterait? Mais comment penser que la loi veuille que deux comptes soient faits séparément? Comment le pupille pourrait-il, en dix jours, faire le sien, lire, vérifier, comparer, extraire, coordonner des papiers nombreux? Que de difficultés ensuite pour faire concorder les deux comptes séparés! Le texte de la loi ordonne la reddition du compte et la remise des pièces, dix jours avant tout traité, par conséquent avant celui d'approbation; et plus bas il ajoute : LE TOUT *constaté*, etc. : il parle du compte avant de parler des pièces, indiquant par-là que les pièces sont remises pour vérifier le compte : enfin il dit *l'oyant-compte*, et non pas *celui auquel on devra rendre compte;* or, pour qu'il soit oyant-compte, il faut qu'on lui ait donné le compte à ouïr. Le compte doit donc être rendu, à peine de nullité, dans la forme que nous indiquons.

647. Il n'importe que le traité fasse partie des clauses d'un contrat de mariage, et que le pupille mineur y ait été assisté de ses ascendans ou du conseil de famille, dont il doit avoir le consentement, ou prendre l'avis pour se marier. L'art. 1398 du Code, qui dit que « le mineur ha-

bile à contracter mariage, est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible », ne peut s'entendre que de conventions licites en elles-mêmes, et à la perfection desquelles la faiblesse du mineur seule ferait obstacle. D'ailleurs, lors même que le pupille serait majeur, la faveur extraordinaire accordée par les lois aux contrats de mariage ne serait pas suffisante pour valider un semblable traité; parce que l'art. 472 ne distingue pas, et qu'ici on ne peut alléguer, comme dans la plupart des conventions matrimoniales, l'intérêt de l'autre époux ou de sa famille, ou des enfans à naître du mariage, puisque tous ces intérêts sont également blessés par le sacrifice des intérêts du pupille au seul profit du tuteur (Paris, 14 août 1812. *Sirey*, tom. XII, 2e. part., pag. 434. — *Cass.*, sect. civ., 14 décembre 1818. J. P., 3e. de 1819, pag. 167. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 252. — *Denevers*, tom. XVII, 1re. part., pag. 180). Dans l'espèce de la Cour de Paris, le pupille était mineur lors du contrat de mariage : parvenu à la majorité, il avait ratifié le traité. Mais, faute de compte préalablement rendu, la ratification était entachée du même vice que le traité; et elle fut, avec raison, déclarée nulle par le même arrêt. Dans l'espèce de la Cour de Cassation, le pupille était majeur.

La renonciation du pupille, même dans le contrat de mariage, à demander son compte de tutelle était réputée nulle sous l'ancienne jurisprudence, non moins favorable au contrat de mariage que l'est la nouvelle. Toutefois si cette

renonciation était la condition d'une dot reçue ; le pupille, même mineur, qui demandait compte, devait restituer la dot (*Cass.*, sect. civ., 15 juillet 1807, rej. le pourv., contre un arrêt de la Cour de Bruxelles du 13 pluviose an XIII. *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 49) « Considérant, a dit la Cour, qu'en général on n'est pas recevable à demander la nullité des conditions d'une convention, sans demander la nullité de cette convention ; — Considérant qu'aucune loi antérieure au Code civil n'a décidé que le mineur serait excepté de cette règle, et qu'il pourrait demander la nullité de la décharge d'un compte de tutelle, lorsqu'il laisserait subsister la dot qui en était la condition et le prix ».

Mais si la constitution dotale ou toute autre donation entre-vifs, faite et acceptée à la condition de ne point demander le compte de tutelle, était postérieure à la promulgation du Code civil, il faudrait décider que le pupille pourrait demander le compte sans restituer la dot ou donation, parce que, aux termes de l'art. 900 du Code, « dans toute disposition *entre-vifs* ou testamentaire, les conditions impossibles, et celles qui sont *contraires aux lois*, ou aux mœurs, *sont réputées non écrites* » ; à la différence des lois anciennes qui, loin de regarder comme non écrites les conditions impossibles ou illégales qui étaient apposées aux donations entre-vifs, en faisaient résulter un vice qui détruisait ces donations dans leur propre substance. *Voyez* les conclusions de M. Merlin, sur lesquelles fut rendu l'arrêt du 15 juillet 1807.

648. La question s'est élevée de savoir si les mots de *tout traité* qui se trouvent dans l'art. 472 du Code civil, s'appliquent à tous les traités qui pourraient avoir lieu entre le tuteur et son ancien pupille, même à ceux qui n'ont aucun rapport à la tutelle ni à son compte, ou s'ils ne concernent que ceux qui y ont rapport. Cette dernière opinion est celle qu'ont adoptée implicitement la Cour de cassation (sect. civ., 14 décembre 1818, citée n°. 647, cassant, mais sous un autre point, l'arrêt de Nîmes du 15 mars 1816), et formellement celles de Nîmes (susdit arrêt) et de Paris (5 janvier 1820. J. P., 2e. de 1820, pag. 198).

D'abord, il n'y a pas à mettre en question qu'il ne faille annuller un traité quelconque, qui, sans avoir été précédé des remises voulues par l'art. 472, comprendrait à la fois des biens étrangers au compte et des biens qui devraient en faire partie. C'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation, par l'arrêt susdit, en cassant celui de Nîmes dans une espèce où il s'agissait d'un contrat de mariage dans lequel le père, en dotant sa fille, lui achetait des droits qu'elle avait à réclamer du chef de sa mère décédée : c'est ce que reconnaîtra probablement encore la même Cour, en cassant, s'il lui est déféré, l'arrêt sus relaté de Paris, où l'espèce est à peu près la même.

La question est donc seulement de savoir si l'on doit regarder comme nul un traité fait seulement sur des biens qui n'auraient aucun rapport à la tutelle.

Il n'y avait nul doute, à cet égard, dans l'an-

cienne jurisprudence française, non plus que sous l'empire des lois romaines; et tout traité, non prohibé expressément par les lois, que le pupille faisait avec son tuteur, sur des biens étrangers, à la tutelle, y était déclaré valable. Les anciens auteurs (*Voyez* Basnage et Argou) ne regardaient comme prohibés que les traités qui pouvaient intervenir relatifs au compte de tutelle avant la remise du compte à examiner et des pièces à vérifier, *non visis tabulis neque dispunctis rationibus*. Ainsi, comme la loi dernière au Code *de Pactis* autorisait les pactes sur la succession future d'une personne vivante, quand ils étaient faits de son consentement, la Cour de cassation cassa un arrêt de Lyon qui avait annullé une renonciation faite par une fille mineure, dans son contrat de mariage, au profit de sa sœur, à ses droits maternels, sous l'assistance de leur mère commune, alors tutrice de la renonçante. Le motif de la Cour de cassation fut que cette renonciation était indépendante du compte de tutelle dû à la renonçante par sa mère, et qu'elle n'avait point pour objet de décharger celle-ci de ce compte (sect. civ., 7 août 1810, cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 14 juillet 1808. J. P., 2e. de 1810, pag. 330.—*Sirey*, tom. X, 1re. part., pag. 380. — *Denevers,* tom. VIII, 1re. part., pag. 429).

Cette décision ne fut point fondée, comme on le voit, sur l'absence, dans l'ancien droit, d'aucune loi prohibitive de semblables traités, mais sur la simple raison, qui ne permet pas de confondre avec des actes relatifs à la tutelle des

actes qui y sont totalement étrangers, et qui ne peuvent, en aucune manière, influer sur le compte de tutelle.

Les rédacteurs du Code n'ont pu vouloir déroger à cette maxime de la raison. Les trois Cours de cassation, de Nîmes et de Paris, dont nous avons cité plus haut les arrêts, l'ont ainsi pensé; et nous adoptons leur avis; car, bien que l'art. 472 se serve des mots *tout traité*, il n'en reste pas moins évident qu'il n'a voulu parler que des traités relatifs à la tutelle. Cet article est placé sous la rubrique des *Comptes de tutelle* : ceux qui le suivent et ceux qui le précèdent ne parlent que des comptes de tutelle : lui-même le fait entendre en se servant des mots de *oyant-compte*, et non de ceux de *ancien pupille*, qui eussent été convenables s'il eût voulu embrasser tous les actes : quand l'objet du traité n'est point relatif à la tutelle, il n'y a plus, dans le traité, ni tuteur ni ancien pupille, ni oyant-compte, mais seulement deux étrangers. De plus, lorsque la loi veut interdire d'autres actes entre ces deux espèces de personnes, elle le dit expressément, comme dans les art. 907, 2045 du Code civil. Enfin, les comptes de tutelle étant souvent très-longs à faire, il en résulterait que l'ancien pupille serait peut-être obligé de manquer une affaire avantageuse qui, avant la reddition de son compte, se présenterait à conclure avec son ancien tuteur. M. Maleville professe la même opinion dans son *Analyse raisonnée du Code civil.*

649. Il n'y a même pas lieu de douter que la

nullité prononcée par l'art. 472 n'est applicable qu'au cas où il y a réellement lieu à rendre un compte de tutelle, puisque la loi n'a eu pour objet, dans cette disposition, que de mettre le pupille à l'abri de toute surprise, relativement à ce compte. Si donc il n'est échu au pupille aucuns biens pendant sa minorité, et que ce fait soit constaté par un procès-verbal de carence; ou si les biens échus ont été saisis réellement, et le prix distribué aux créanciers, de telle manière que le tuteur n'en ait jamais eu l'administration, il est clair que le pupille qui, parvenu à sa majorité, aura fait un traité, ou même une transaction, avec son tuteur, sur des biens ou droits qui ne lui sont échus que depuis sa majorité, ne pourra invoquer l'art. 472, pour demander la nullité de ce traité (Paris, 16 mars 1814. *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 33.—*Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 53).

650. Une fois le compte rendu, son reliquat produit, sans demande, au profit du mineur, intérêts du jour de la clôture (474 du C. C.). Si même le tuteur n'avait rendu compte que sur une sommation, l'intérêt courrait du jour de la demande, d'après la règle générale établie par l'art. 57 du Code de procédure; et, attendu que, loin de faire exception à ce principe, l'art. 474 ne fait qu'accorder un avantage particulier au mineur, dans le cas où il n'aurait pas formé de demande, mais sans nuire à l'avantage général qu'il a, comme tout autre, s'il en a formé une. Décider autrement ce serait mettre un tuteur de mauvaise

foi dans la possibilité de s'affranchir, par des retards et des difficultés, de l'intérêt des deniers pupillaires qu'il conserverait entre ses mains (Pau, 3 mars 1818. J. P., 2e. de 1818, pag. 540. — *Sirey*, tom. XVIII, 2e. part., pag. 269).

651. Les erreurs ou omissions, qui peuvent se rencontrer dans le compte de tutelle régulièrement rendu et arrêté à l'amiable, n'autorisent la partie lésée qu'à relever les articles omis ou entachés d'erreurs, et non à exiger un nouveau compte : car, aucun article de loi ne fait, pour les comptes de tutelle, une exception à la règle posée par l'art. 541 (1) du Code de procédure, pour tous les comptes en général (*Cass.*, sect. des req., 10 septembre 1812, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens. J. P., 2e. de 1813, pag. 411).

652. « Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité » (art. 475 du C. C.).

L'action en reddition du compte de la tutelle est une action relative aux faits de la tutelle, puisqu'elle tend principalement à faire rendre compte de ces faits. Elle se prescrit donc par dix ans à compter de la majorité. On avait tenté cependant d'établir une distinction entre les faits de la tutelle et le compte d'administration de la tutelle, entre

---

(1) « Il ne sera procédé à la revision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs demandes devant les mêmes juges » (art. 541 du C. de Pr.). Et cet article ne fait que consacrer ce qui avait lieu avant lui; il est la copie de l'art. 21, tit. 29 de l'ordonnance de 1667.

la responsabilité du tuteur, pour chaque acte de son administration, et l'obligation qui lui est imposée de rendre un compte général de la tutelle. Le compte, disait-on, n'est point un fait de la tutelle, puisqu'il ne se rend qu'après que la tutelle a cessé; l'action à fin de compte, ou en nullité du compte doit donc durer trente ans, suivant la règle générale. C'était une pure subtilité, à laquelle la Cour de cassation, devant qui elle a été proposée, n'a pas même cru devoir répondre (*Voyez* l'arrêt du 14 novembre 1820, cité nº. 653).

653. Mais une objection plus sérieuse a été faite contre l'application de l'article 475 à un compte rendu. On a dit que l'action en nullité du compte devait se prescrire, non par dix ans, à compter du jour de la majorité, mais par dix ans à compter du jour de l'acte de reddition de compte, conformément à l'art. 1304 du Code (1); qu'autrement l'oyant-compte serait dans une position plus désavantageuse que tout majeur qui aurait lieu d'exercer une action en nullité ou rescision d'une convention autre qu'un traité relatif au compte de tutelle; que cependant la loi paraît avoir attaché plus d'importance à cette dernière sorte d'acte, puisqu'elle l'environne de plus de formalités, pour mieux garantir l'oyant de toute surprise ou lésion, que la loi serait donc en con-

(1) « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre tems par une loi particulière, cette action dure dix ans ».

« Ce tems ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ». (Art. 1304 du C. C.)

tradiction avec elle-même, avec ses propres intentions, si elle assujettissait les actions en nullité des comptes de tutelle, ou des traités qui y sont relatifs, à une prescription plus courte que celle qui courrait contre l'action en nullité des autres conventions.

Le reproche de désavantage, qui se trouve dans l'objection, n'est pas fondé. D'abord, il faut écarter les vices autres que celui de l'inobservation des formes prescrites par l'art. 472. Pour tous ces vices qui peuvent donner lieu à l'action en nullité ou rescision, comme la violence, l'erreur ou le dol, l'oyant a le même délai d'action, à l'égard du compte rendu ou du traité intervenu sur le compte, qu'à l'égard de toute autre convention; et, dans ces cas, c'est en effet l'art. 1304 qui règle la durée de la prescription de son action. Mais s'il s'agit de revenir sur des faits de la tutelle, d'attaquer l'administration du tuteur, d'invoquer le principe de sa responsabilité, bien que ces faits et cette administration forment la matière du compte rendu, et des stipulations du traité intervenu sur ce compte; bien que ce compte et ce traité soient postérieurs, quelquefois de plusieurs années, à l'époque où l'oyant a atteint sa majorité, l'action de l'oyant à cet égard sera prescrite par dix années à compter du jour de la majorité; et l'on ne peut pas dire qu'il éprouve, en cela, aucun désavantage, puisque tous les actes de l'administration, tous les faits de la tutelle remontent nécessairement à des tems antérieurs à la majorité; et qu'ainsi l'oyant a en effet plus

de dix années, à partir de ces faits, pour intenter son action.

Quant aux formes prescrites par l'art. 472; comme le compte et le traité auxquels elles s'appliquent, ont pour objet, l'un d'établir les faits de la tutelle, l'autre de régler les conventions relatives à ces faits; accorder dix années à partir du traité et non de la majorité, pour attaquer ces actes sous le rapport de l'inobservation de ces formes, ou pour autres vices que ceux communs aux autres conventions, ce serait véritablement prolonger, contre le vœu de la loi, l'action de l'oyant relativement aux faits de la tutelle; ce serait traiter plus défavorablement le tuteur qui aurait rendu compte à son pupille ou se serait arrangé avec lui, que le tuteur qui n'aurait jamais pris soin de liquider son administration. Enfin l'art. 1304 est la règle générale, et l'art. 475 la règle spéciale à la matière : toute règle spéciale déroge nécessairement à la règle générale : l'art. 1304 est donc inapplicable aux comptes et aux traités faits entre le tuteur et son pupille, en tout ce qui concerne l'administration de la tutelle, parce que l'art. 475 régit spécialement cette matière (Riom, 30 ventose an XII. *Sirey*, tom. VI, 2e. part., pag. 384. — *Cass.*, sect. civ., 26 juillet 1819, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour d'Amiens. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 43. — *Id.*, sect. des req., 14 novembre 1820, rej. le pourv. contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 11 mars 1819. *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 370).

CHAPITRE III.

De l'émancipation.

Différence entre l'émancipation dans le Droit romain et l'émancipation sous le Code civil.—Des diverses espèces d'émancipation. — Du curateur à l'émancipation.

SECTION PREMIÈRE.

Différence entre l'émancipation dans le Droit romain et l'émancipation sous le Code civil.

654. *L'émancipation des enfans de famille n'était, dans le Droit romain, que l'affranchissement de la puissance paternelle.*

655. *Elle est, sous le Code civil, l'affranchissement de la puissance paternelle et de la tutelle.*

654. L'émancipation des enfans de famille n'était autre chose, dans le Droit romain, que leur affranchissement de la puissance paternelle. Tant que l'enfant était sous cette puissance, il faisait partie de la famille ; il n'était pas à ses droits, mais aux droits d'autrui, *juris alieni*, aux droits du père de famille. Par l'émancipation, il sortait de la famille, il devenait à ses droits, *juris sui;* il devenait capable d'acquérir pour lui-même. Mais s'il était encore mineur impubère, c'était alors que la tutelle commençait pour lui, jusqu'à l'âge de puberté, où il recevait un curateur, comme nous l'avons dit, en traitant de la puissance paternelle. L'émancipation n'était donc

pas, chez les Romains, l'affranchissement de la tutelle.

655. Parmi nous, les enfans sont à leurs droits dès leur naissance, dès leur conception ; et ils acquièrent toujours pour eux-mêmes. Le père n'est, durant le mariage, que l'administrateur de leurs biens ; et, après la dissolution du mariage, par mort naturelle ou civile, la tutelle commence. A ce droit d'administration ou à cette tutelle, se joint, dans la personne des père et mère, la puissance paternelle, qui n'est qu'un droit d'autorité, auquel le Code ajoute, il est vrai, le droit de jouir des biens des enfans, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans révolus, mais non le droit d'acquérir par eux. L'émancipation n'a donc pas pour objet parmi nous de mettre les enfans à leurs droits, puisqu'ils y sont depuis qu'ils ont commencé d'être ; mais de leur en conférer l'exercice, qui était suspendu à cause de leur minorité, ou plutôt qui était confié à leur père seul ou à leur tuteur. Elle est donc principalement l'affranchissement de l'administration paternelle, ou de la tutelle ; elle est aussi l'affranchissement de l'autorité ou puissance paternelle, quand l'enfant est sous cette puissance au moment de l'émancipation.

SECTION II.

Des diverses espèces d'émancipation.

656. *L'émancipation est ou légale ou dative.*

656. On peut distinguer deux sortes d'émancipation : l'émancipation légale et l'émancipation dative. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art. 476 du C. C.); voilà l'émancipation légale. Avant le mariage, le mineur peut être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il a atteint l'âge de quinze ans révolus (art. 477); c'est une première espèce d'émancipation dative. S'il est sans père ni mère, il peut aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable (art. 478) : c'est la seconde espèce d'émancipation dative.

§. Ier.

De l'émancipation légale ou par mariage.

657. *Origine de l'émancipation par mariage.*

658. *Le mineur marié avant le Code civil a acquis l'émancipation légale par le seul fait de la promulgation de ce Code.*

659. *Le mineur marié par dispense, avant l'âge requis pour l'émancipation dative, n'en a pas moins acquis l'émancipation légale du jour de son mariage.*

660. *Le mineur devenu veuf, même avant l'âge requis pour l'émancipation dative, demeure émancipé.*

661. *La gestion continuée ou reprise par le tuteur, après le veuvage du mineur, ne confère point hypothèque légale sur les biens du tuteur.*

657. L'émancipation par mariage est tirée de

notre ancien Droit coutumier. Elle n'avait pas lieu en général dans nos pays de Droit écrit, mais seulement dans ceux du ressort du Parlement de Paris.

658. Selon ce que nous avons dit sur l'effet rétroactif des lois, au titre préliminaire du Code, dans les pays mêmes où l'émancipation par mariage n'était pas reçue, les enfans de famille, qui étaient mariés au moment de la promulgation du titre de la Minorité du Code, ont été émancipés de plein droit, à compter du jour de cette promulgation; et l'usufruit que le père de famille avait sur leurs biens maternels, en vertu de la puissance paternelle, a cessé aussi de ce jour (n° 188). Indépendamment des motifs que nous avons déduits de la nature des statuts personnels, ou des statuts mixtes plus personnels que réels, la Cour de Turin, pour répondre à l'objection que l'usufruit du père était un droit réel acquis, auquel une loi postérieure ne pouvait porter atteinte, a considéré, avec raison, « que le droit de jouir de son bien est, par lui-même, une partie de la propriété; que toutes fois qu'il en est séparé, ou à condition, ou pour un tems déterminé, par l'expiration du tems ou par l'événement de la condition, il doit retourner à la propriété; que le droit de jouir des biens des enfans, accordé par les lois romaines aux ascendans, a été borné, par les mêmes lois, au tems pendant lequel l'enfant aurait continué de vivre sous la puissance paternelle, comme nous l'apprend la loi 6, §. III, *C. de Bonisque liberis*; que si ce tems

n'avait point été fixé par lesdites lois, si, à l'événement de l'émancipation, elles accordaient, même à l'ascendant, une moitié de l'usufruit, non en force de la continuation de ses droits, mais par une espèce de reconnaissance qui lui était due par l'enfant émancipé, il ne peut cependant y avoir de doute que, sans blesser les droits des ascendans, et par des motifs d'utilité publique, le tems de l'émancipation a pu être fixé par de nouvelles lois; et la concession de la moitié d'usufruit, dans le cas d'émancipation à venir, a pu être entièrement abolie »; ce qui a été fait par le Code civil (Turin, 7 fructidor an XII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 20.—*Denevers*, tom. V, 2e. part., pag. 37).

659. Il est de la nature de l'émancipation par mariage, 1°. d'être acquise par le seul fait du mariage, sans que le concours d'aucune autre condition soit nécessaire; 2°. que, une fois acquise, elle ne puisse plus se perdre, ni même être révoquée.

Et en effet, puisque cette émancipation a son seul motif dans le mariage même, dans l'indépendance où la loi a voulu mettre les époux à l'égard de leurs pères et mères, toute autre considération doit céder à ce motif. Le défaut d'âge n'est donc point un obstacle à l'émancipation par mariage; et la fille mineure qui, par dispense, a été mariée avant l'âge de quinze ans, requis pour l'émancipation dative, n'en a pas moins été émancipée de plein droit, du jour de son mariage.

660. D'un autre côté, au moyen de cette éman-

cipation, les époux forment une nouvelle famille, qui ne peut plus perdre l'existence distincte qu'elle a acquise, ni rentrer dans le sein d'une autre famille, sans une disposition expresse de la loi. Or la perte ou la révocation de l'émancipation produirait cet effet; et l'art. 485, qui seul prévoit le cas de révocation, en ne permettant de retirer l'émancipation au mineur qu'avec les formes qui ont eu lieu pour la lui conférer, démontre par là suffisamment que sa disposition ne s'applique qu'à l'émancipation dative. L'émancipation ne peut donc être retirée au mineur émancipé par mariage; et il n'en perd point le bénéfice, lors même que, avant qu'il eût atteint l'âge requis pour l'émancipation dative, la cause de son émancipation légale, le mariage, viendrait à cesser par la mort de l'autre conjoint (*Cass.*, sect. civ., 21 février 1821, cassant un arrêt de la Cour de Grenoble du 6 juin 1817. J. P., 2e. de 1821, pag. 88. — *Sirey*, tom. XXI, 1re. part., pag. 188). « Considérant, a dit la Cour, que, aux termes de l'art. 476 du Code civil, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage; que cet article, le seul qui prononce sur l'émancipation par le mariage, la confère sans condition ni terme, ni réserve, et par conséquent d'une manière absolue et irrévocable; qu'ainsi elle est acquise au mineur qui se marie, soit qu'il ait l'âge fixé par la loi pour former cette union, soit que, plus jeune, il la contracte avec dispense du gouvernement, et qu'elle lui est acquise, non-seulement pendant la durée du mariage, mais même après

sa dissolution, quoiqu'alors il soit encore en minorité; d'où il suit que, en jugeant que la demoiselle D*** avait cessé d'être émancipée en devenant veuve, et que, par suite, elle était alors rentrée de plein droit sous la tutelle de son père, l'arrêt attaqué a violé l'art. 476 du Code civil : — Que les art. 477, 485 et 486, cités par l'arrêt, pour établir que l'émancipation ne peut être accordée avant quinze ans, et peut être, en certains cas, révoquée, ne sont pas applicables à l'espèce, puisqu'ils ne statuent que sur l'émancipation conférée par le père, la mère ou le conseil de famille, et non sur celle qui s'opère, de plein droit, par le mariage ».

661. L'époux mineur conservant le bénéfice de l'émancipation, même après la dissolution du mariage, il s'ensuit nécessairement qu'il ne retombe pas en tutelle, et que, par conséquent, il n'a point d'hypothèque légale contre le père qui reprendrait la gestion de ses biens. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par le même arrêt. — « Si le père, a-t-elle dit, administre la fortune de sa fille, il est sans doute responsable de sa gestion; mais on ne peut en conclure que ses biens soient grévés au préjudice de ses créanciers, d'une hypothèque légale, que la loi n'accorde qu'aux mineurs légalement constitués en tutelle ». En effet, l'ancien tuteur n'administre alors qu'en vertu d'un mandat tacite, que comme gérant, et il n'est pas plus assujetti à l'hypothèque que tout autre mandataire ou gérant.

§. II.

De l'émancipation dative.

662. *Le père, même divorcé, peut émanciper ses enfans mineurs sans le concours de la mère.*

663. *La mère remariée, qui a perdu la tutelle, peut émanciper ses enfans ; et cette émancipation les affranchit de toute tutelle.*

664. *Les père et mère des enfans naturels, légalement reconnus, peuvent les émanciper.*

662. La faculté d'émanciper le mineur après l'âge de quinze ans révolus est une prérogative attachée à la seule qualité de père, et, à défaut de père, à la seule qualité de mère. Cette prérogative n'est soumise à aucune condition (*Voyez* l'art. 477 du C. C.). Les père et mère n'en peuvent donc être privés sous aucun prétexte, tant qu'il n'ont perdu ni la jouissance ni l'exercice de leurs droits civils.

Delà plusieurs conséquences :

1°. Le père, même divorcé, peut émanciper ses enfans mineurs, sans le concours de la mère, comme il le pouvait pendant la durée du mariage (Paris, 1er. mai 1813. J. P., 2e. de 1813, pag. 221.—*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 230).

663. 2°. La mère remariée, qui a perdu la tutelle, conserve le droit d'émanciper ses enfans ; et cette émancipation les affranchit non-seulement de l'autorité de la mère, mais encore de l'autorité du tuteur. Car, d'une part, le droit d'émanciper ne passe au conseil de famille que dans le cas où le mineur est resté sans père ni

mère; et, d'autre part, les effets de l'émancipation sont indivisibles, parce que la loi, qui seule détermine ces effets, n'autorise pas à les diviser. Bien donc que le mineur n'ait été émancipé que par sa mère remariée et privée de la tutelle, il n'en a pas moins acquis, comme tout mineur émancipé, le droit d'administrer seul ses biens, et de faire les autres actes avec la simple assistance d'un curateur, sauf les formalités prescrites pour quelques-uns de ces actes (Colmar, 17 juin 1807. *Sirey*, tom XV, 2[e]. part., pag. 164. — Bruxelles, 6 mai 1808. J. P., 1[er]. de 1809, pag. 251. — *Sirey*, tom. IX, 2[e]. part., pag. 56. — *Denevers*, tom. VII, 2[e]. part., pag. 23).

664. 3°. Les père et mère des enfans naturels légalement reconnus ont, comme les père et mère légitimes, la faculté d'émanciper leurs enfans. Cela résulte de l'art. 477 du Code civil, qui ne distingue point, et de la nature du droit d'émanciper, qui, dans la personne des père et mère, est une émanation de la puissance paternelle; puissance à laquelle les père et mère naturels sont appelés à participer, par l'art. 383 du Code civil (Limoges, 2 janvier 1821. *Sirey*, tom. XXI, 2[e]. part., pag. 322).

SECTION III.

Du curateur à l'émancipation.

665. *Le droit de nommer un curateur à l'émancipé n'appartient ni aux père et mère naturels, ni aux père et mère légitimes.*

666. *Le mari majeur est-il curateur légal de sa femme mineure?*

665. Le droit de nommer un curateur au mineur n'appartient point aux père et mère, soit naturels, soit légitimes, qui l'émancipent. « Le fait de l'émancipation, disait la Cour de Limoges, est le dernier acte de l'autorité et de la puissance des père et mère sur leurs enfans; et, ce dernier acte consommé, il ne leur appartient plus d'exercer à leur égard un pouvoir tel que celui de leur choisir un curateur. — Le mode de nomination du curateur est déterminé par l'art. 480 du Code civil. Vainement prétendrait-on que ce mode n'est applicable qu'au cas particulier, auquel se rapporte la disposition de cet article, c'est-à-dire à la reddition du compte de tutelle. La loi n'ayant nulle part indiqué une autre forme pour la désignation du curateur d'un mineur émancipé, il en faut conclure que celle indiquée par l'art. 480, est absolue et déterminée pour tous les cas. — On ne peut pas dire non plus que la nécessité de l'intervention du conseil de famille, pour la nomination du curateur, n'est applicable qu'aux enfans légitimes, parce qu'il serait absurde que la loi eût donné des droits et des priviléges moins étendus aux pères et mères légitimes qu'aux pères et mères naturels ». (Arrêt du 2 janvier 1821, cité nº. 664.

666. Le mari majeur est-il, de plein droit, curateur de sa femme mineure? *Voyez* ci-dessus, nº. 458, au titre *du Mariage*.

TITRE ONZIÈME.

De la Majorité, de l'Interdiction, et du Conseil judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

De la Majorité.

667. La majorité a été fixée par le Code, comme elle l'avait été par la loi du 20 septembre 1792, à l'âge de vingt et un ans accomplis (art. 488 du C. C.) *Voyez* ce que nous avons dit, à ce sujet, sur les lois antérieures, en traitant de la minorité.

668. Soit que, aux termes des anciennes lois, on fût mineur ou majeur avant la promulgation du Code civil ou de toute autre loi qui a fixé la majorité à vingt et un ans, on est devenu majeur

ou retombé en minorité, selon que, lors de cette promulgation, on avait ou n'avait pas atteint cet âge de vingt et un ans. C'est la conséquence nécessaire des principes que nous avons établis au titre préliminaire du Code (chap. III, sect. première, tom. Ier., pag. 305. La Cour de Turin a donc jugé avec raison que le compromis fait, avant la promulgation du Code, par un individu âgé de plus de vingt ans, et alors majeur suivant les statuts locaux du Piémont, avait été révoqué par le fait de la rentrée en minorité de l'individu, faute d'avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis lors de la promulgation du Code, et que dès-lors il fallait regarder comme nul le jugement arbitral rendu depuis cette loi, pendant la minorité qu'elle a produite (17 mai 1806. J. P., 3e. de 1807, pag. 99. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1047).

669. L'époque de la majorité, pour toutes les conventions et dispositions dont l'effet ne doit avoir lieu qu'à la majorité, est réglée, non par la loi existante au moment de la disposition ou convention, mais par la loi du tems où l'individu devient réellement majeur. Et en effet, les parties, en se servant de l'expression de *majorité*, et non de celle d'un nombre d'années déterminé, doivent être réputées avoir plutôt considéré l'état de majorité que la durée du tems nécessaire pour l'atteindre (Nîmes, 19 frimaire an XI. J. P., 2e de l'an XI, pag. 302. — *Sirey*, tom. III, 2e. part., pag. 296).

670. Il faut dire la même chose de la disposition de la loi qui fixe à dix ans, à partir de la

majorité, la prescription de l'action en nullité ou rescision des actes faits en minorité. Bien que ces actes aient été faits sous l'empire de lois qui fixaient la majorité à vingt-cinq ans, si le mineur est devenu majeur de vingt et un ans depuis le Code, ce sera à trente et un ans, et non à trente-cinq que la prescription sera acquise contre lui : car la loi, qui a fixé la majorité pour point de départ du tems de la prescription, a entendu parler de la majorité telle qu'elle l'avait déterminée (Paris, 18 février 1809. J. P., 1er. de 1809, pag. 406. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 247).

CHAPITRE II.

De l'interdiction.

Des diverses espèces d'interdiction. — Causes d'interdiction. — De ceux qui peuvent provoquer l'interdiction. — Formes de l'interdiction. — Effets de l'interdiction. — Différences entre l'interdiction civile et l'interdiction en matière criminelle.

SECTION PREMIÈRE.

Des diverses interdictions.

671. *L'interdiction est en matière civile ou en matière criminelle.*

671. Il existe deux interdictions qui diffèrent essentiellement dans leurs causes et dans leurs effets, l'interdiction prononcée par un jugement civil, et l'interdiction suite légale d'un jugement prononcé en matière criminelle.

La première est la seule dont il soit question dans ce chapitre du Code civil : toutefois, en le terminant, nous dirons (n°. 694) quelques mots sur la dernière.

SECTION II.

Causes d'interdiction.

672. *On ne peut ajouter aux causes d'interdiction déterminées par le Code.*

672. Le Code civil n'admet que trois causes d'interdiction : l'imbécillité, la démence et la fureur. Y en ajouter d'autres, ce serait usurper un droit qui ne peut appartenir qu'à la loi, celui de priver un citoyen de l'exercice de ses droits civils. Aucune considération ne peut donc motiver un tel excès de pouvoir. Ainsi l'interdiction ne peut être demandée ni prononcée pour cause de faiblesse d'esprit habituelle, et d'épilepsie accidentelle (Colmar, 2 prairial an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 188) ; non plus que pour simples défauts de caractère, erreurs d'opinions, même sur les sujets les plus graves, ou écarts de conduite, quelqu'intolérables ou repréhensibles qu'ils puissent paraître, s'ils ne sont véritablement pas le produit de la démence (Angers, 10 prairial an XIII. *Jurisprud. du Code civil*, tom. VI, pag. 129. — Trib. de Paris, 30 août 1817. *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 369).

SECTION III.

De ceux qui peuvent provoquer l'interdiction.

673. *Le tuteur peut provoquer l'interdiction d'un parent de son pupille, si le pupille a intérêt à la conservation des biens.*
674. *Si l'intérêt de la personne ne semble pas exiger l'interdiction, cette interdiction pourra n'être pas prononcée malgré la demande du parent intéressé à la solliciter.*
675. *Des cas où le ministère public peut requérir l'interdiction.*

673. «La loi distingue le cas de l'imbécillité ou de la démence de celui de la fureur. On a pensé, dit le conseiller d'état dans l'exposé des motifs de la loi, que la famille devait rester l'arbitre du sort de celui dont l'état n'intéressait, strictement parlant, que la famille. Lorsque la sûreté publique n'est pas compromise, forcera-t-on le fils, le frère, l'épouse à proclamer l'humiliation d'un père, d'un frère, d'un époux? Si les intéressés à la conservation des biens ne se plaignent pas, personne n'a droit de se plaindre ».

De ces motifs qui ont fait donner au parent seul ou à l'époux la faculté de provoquer l'interdiction, pour cause d'imbécillité ou de démence, il résulte aussi que le tuteur, chargé de veiller aux intérêts du mineur, et d'exercer ses droits, peut, en sa qualité, provoquer l'interdiction du parent de son pupille, surtout si le pupille, comme plus proche héritier présomptif, a intérêt à la conservation des biens (Bruxelles, 15 mai 1807. J. P., 3e. de 1807, pag. 476. — *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 706.— *Id.*, 3 août 1808. *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 319).

674. L'intérêt personnel de l'interdit est cependant le motif principal de la loi, et l'intérêt des héritiers n'est admis que comme motif secondaire, quand il concourt avec l'intérêt de l'interdit. On peut induire cet ordre de motifs, 1°. de ce que la loi accorde indifféremment à tout parent, même éloigné, et à l'époux le droit de provoquer l'interdiction, quoiqu'il y ait beaucoup d'autres héritiers présomptifs plus proches; 2°. de ce que le Code a supprimé une cause ancienne d'interdiction qui avait plus rapport aux biens qu'à la personne, la prodigalité. Si donc l'intérêt de la personne ne semble pas exiger l'interdiction, parce que, par exemple, elle serait sous la puissance d'un mari qui soignerait suffisamment sa personne et ses intérêts, l'interdiction pourra n'être pas prononcée, malgré la demande du parent intéressé à la solliciter. Du même ordre de motifs on doit aussi conclure que les autres parens, juges, comme le demandeur, de l'intérêt personnel du défendeur, peuvent s'opposer à son interdiction (Besançon, 4 pluviose an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 307).

675. Dans le cas de fureur, non-seulement tout parent ou l'époux peut provoquer l'interdiction ; mais encore c'est un devoir du procureur du Roi de la requérir, si elle n'est provoquée ni par l'époux ni par les parens. La loi le veut ainsi, pour l'intérêt de la sûreté publique. Le procureur du Roi peut aussi provoquer l'interdiction, pour cause d'imbécillité et de démence, contre celui qui n'a ni époux ni parens connus (art. 491). Ces disposi-

tions concernant le ministère public sont évidemment limitatives, et non démonstratives; en sorte que, s'il n'y a qu'imbécillité ou démence, et non fureur, et que l'individu ait ou un époux ou des parens connus qui refusent tous de provoquer l'interdiction, le procureur du Roi, ni aucune autre autorité, ne pourront la requérir (Nîmes, 27 janvier 1808. J. P., 2e. de 1809, pag. 44. — *Sirey*, tom. VIII, 2e. part., pag. 338. — *Denevers*, tom. VI, 2e. part., pag. 165).

SECTION IV.

Formes de l'interdiction.

676. *Nullité d'une interdiction par convention, et du jugement homologatif de cette convention.*
677. *Validité d'un acquiescement à un jugement d'interdiction ou de nomination de conseil.*
678. *Exposé sommaire des formes judiciaires de l'interdiction.*
679. *L'administration provisoire n'a point le droit de vendre le mobilier de l'individu dont l'interdiction est demandée.*

676. Les formes et les solennités prescrites pour l'interdiction ont eu pour objet d'empêcher que les citoyens ne pussent être privés légèrement de l'exercice de leurs droits civils. Et non seulement ils ne peuvent en être privés sans ces formes, ou hors des cas prévus par la loi, mais même ils ne peuvent s'en dépouiller volontairement, et le tribunal ne pourrait homologuer une telle convention. La société civile, en effet, ne peut subsister qu'entre des membres jouissant des droits civils. S'arroger le pouvoir d'enlever

arbitrairement à un des membres ses droits civils, ou lui donner le pouvoir de s'en priver arbitrairement, en restant dans le sein de la société, c'est, dans le premier cas, se donner le moyen de dissoudre arbitrairement la société à l'égard d'un de ses membres ; et, dans le second, donner à l'individu le moyen de se séparer de la société sans renoncer à sa protection. Aussi n'est-il permis, selon la raison naturelle, de cesser d'être citoyen qu'en s'expatriant; et encore nous avons vu, au titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils*, que le législateur juge quelquefois utile et convenable de prohiber l'expatriation. Il faudrait donc regarder comme essentiellement nulle une convention par laquelle un mari céderait irrévocablement à son épouse l'administration de ses biens, sous prétexte d'impuissance de les gérer lui-même, ou sous tout autre prétexte quelconque, et déclarerait qu'il entend et veut que cette cession équivalle à une interdiction judiciaire, sauf l'homologation; et le jugement par lequel une semblable convention aurait été homologuée devrait être cassé, comme contenant un excès de pouvoir (*Cass.*, sect. des req., 7 septembre 1808, cassant un jug. du trib. de Parme du 24 octobre 1807. J. P., 1er. de 1809, pag. 20. *Sirey*, tom. VIII, 1re. part., pag. 468. — *Denevers*, tom. VI, 1re. part., pag. 436).

677. Mais il ne faut pas confondre l'acquiescement à un jugement d'interdiction avec une simple convention d'interdiction avant jugement; et la validité du premier devrait être pro-

noncée, comme la nullité de l'autre. La question n'a pas été décidée relativement à un jugement d'interdiction; mais elle l'a été relativement à un jugement de nomination de conseil par la Cour de Turin, et sur des motifs également applicables au cas d'interdiction; « attendu, en droit, que, bien qu'il soit vrai de dire que la nomination d'un conseil judiciaire, étant une mesure qui porte atteinte au libre exercice des droits civils des citoyens, ne peut dépendre de la simple volonté de ceux-ci, il n'est cependant pas exact d'inférer de là qu'on ne puisse acquiescer à une telle mesure, lorsqu'elle a été légalement employée : car autre chose est qu'un particulier, par sa seule demande, et de son seul consentement, ne puisse être placé dans l'état d'un prodigue à qui la justice donne un conseil, cela étant dans le domaine de la loi, qui, seule, peut déterminer et détermine les causes qui peuvent solliciter cette mesure; autre chose que, après que le juge, organe de la loi, a vérifié l'existence de ces causes, et a nommé un conseil, celui qui en a été pourvu, et qui reconnaît la justice de cette mesure, ne puisse acquiescer et donner exécution au jugement, puisqu'il est évident que, dans ce cas, ce n'est pas par une convention particulière qu'il se soumet à la nomination du conseil, mais c'est à la décision des magistrats, et à l'application qu'ils ont faite de la loi qu'il défère; — Que, posé en principe, qu'on peut acquiescer à un jugement de cette nature, qui, au surplus, ne renferme point, dans toute la rigueur du terme, la décision d'une

question d'état, il est certain que cet acquiescement doit produire tous ses effets notamment celui d'interdire la voie de l'appel ».

678. Nous ne nous occuperons point des questions jugées sur la procédure en interdiction, parce qu'elles n'intéressent point les Notaires. Nous dirons seulement, pour mieux faire entendre ce qui nous reste à examiner, quant aux formes, que cette procédure consiste dans les actes principaux ci-après, savoir : 1°. demande en interdiction portée devant le tribunal ; 2°. articulation des faits par écrit, présentation des témoins et pièces ; 3°. délibération du conseil de famille ordonnée par le tribunal ; 4°. interrogatoire du défendeur par le tribunal ou par un juge, à ce commis ; 5°. nomination, s'il y a lieu, après le premier interrogatoire d'un administrateur provisoire ; 6°. jugement rendu à l'audience publique, parties entendues ou appelées ; 7°. en cas de rejet de la demande, nomination, si les circonstances l'exigent, d'un conseil judiciaire ; 8°. en cas d'appel, nouveaux interrogatoires, si la Cour les juge nécessaires ; 9°. signification à partie de l'arrêt ou du jugement portant interdiction ou nomination de conseil, et son inscription, dans les dix jours, sur les tableaux affichés dans la salle de l'auditoire. *Voyez* ce que nous dirons, n°. 681, sur l'*affiche dans les études des Notaires* de l'arrondissement.

679. Un mineur, au moment où il entre en tutelle, n'a de biens que ce qui vient de lui écheoir, par succession, donation ou legs : il n'a contracté

encore aucune habitude, quant à la jouissance de ces biens. Ce n'est donc pas nuire à des besoins formés par l'habitude que de vendre le mobilier qui fait partie de ces biens, et dont la plus grande partie est inutile au mineur. On conçoit donc que la loi ait fait un devoir au tuteur du mineur de vendre tous ses meubles, autres que ceux que le conseil de famille l'autorise à garder. Mais il n'y a nulle analogie, à cet égard, entre le mineur et l'interdit, qui ordinairement a une possession ancienne de ses biens, de son mobilier et a contracté, à l'égard de cette possession, et surtout du mobilier, des besoins d'habitude. L'en priver subitement et sans nécessité, ce serait souvent aggraver sa maladie. Si l'on applique ces réflexions à l'administrateur provisoire qui est nommé après le premier interrogatoire, et avant que l'interdiction soit prononcée, on se convaincra aisément que son droit et son devoir de prendre soin de la personne et des biens du défendeur ne comprennent ni le devoir ni le droit de vendre son mobilier. Car, outre les inconvéniens dont nous venons de parler, et sur lesquels, en assimilant l'interdit au mineur, il appartient au conseil de famille seul de statuer après l'interdiction, la vente du mobilier, comme acte définitif, excède les limites des fonctions provisoires de l'administrateur, et ne peut non plus se concilier avec l'incertitude de l'interdiction future du défendeur (Bruxelles, 30 août 1806. *Jurisprudence du Code civil*, tom. VI, pag. 155).

SECTION V.

Effets de l'interdiction.

680. *La nullité des actes faits par l'interdit est-elle subordonnée à l'exécution des formalités prescrites par l'art.* 501 *du Code civil ?*

681. *Du défaut d'affiches de l'extrait du jugement d'interdiction dans l'étude des Notaires.*

682. *Dans tous les cas, le contrat fait par l'interdit, dans un autre arrondissement que celui où le jugement a été prononcé, ne laisse pas d'être nul, quoique la publication du jugement n'y ait pas eu lieu.*

683. *Règles générales sur les cas où des actes peuvent être attaqués quoique antérieurs à l'interdiction, ou quoique l'interdiction n'ait pas été prononcée.*

684. *Si l'acte ne porte pas en lui-même des preuves de démence, il ne peut pas être attaqué du vivant de son auteur, tant que l'interdiction n'a pas été définitivement prononcée.*

685. *Dans l'ancien Droit, comme dans le nouveau, les actes antérieurs à l'interdiction n'étaient pas nuls de plein droit, bien que la cause de l'interdiction eût existé notoirement à l'époque de l'acte : ils pouvaient seulement être annullés.*

686. *Bien que les enquêtes faites lors de la procédure en interdiction prouvent l'existence de la demeure au tems de l'acte antérieur, elles ne peuvent être opposées aux tiers intéressés, qui ont droit d'en exiger de nouvelles.*

687. *Quoique la provocation de l'interdiction ait été abandonnée volontairement avant le décès, les héritiers n'en ont pas moins le droit de demander la nullité des actes pour cause de démence.*

688. *La nomination du tuteur et du subrogé tuteur ne peut être faite qu'après que le jugement a été signifié à partie.*

689. *Hors le cas prévu par l'art.* 506, *la tutelle de l'interdit est toujours dative.*

690. *Un tuteur autre que la femme peut être nommé au mari interdit, bien qu'elle ne soit ni incapable, ni indigne.*

691. *Si la femme est nommée tutrice, elle a l'administration de ses propres, des propres de son mari et des biens de la communauté.*

692. *Si elle n'est pas nommée tutrice, c'est le tuteur seul qui a l'administration tant des propres de l'un et de l'autre que de la communauté.*

693. *Mais la garde et la tutelle des enfans appartiennent à la femme, quoique non tutrice de son mari.*

694. *L'enfant du sourd-muet doit être assimilé à l'enfant de l'interdit, pour le réglement de la dot, de l'avancement d'hoirie, et des autres conventions matrimoniales.*

680. L'art. 502 du C. C., en déclarant nuls tous les actes passés par l'interdit, ou sans assistance d'un conseil, à partir du jour du jugement d'interdiction ou de nomination de ce conseil, suppose-t il nécessairement que les formalités prescrites par l'art. 501, pour lui donner la publicité, ont été remplies. La Cour de cassation (sect. civ., 16 juillet 1810. J. P., 1er. de 1811, pag. 129. — *Sirey*, tom. XI, 1re. part., pag. 5. — *Denevers*, tom. VIII, 1re. part., pag. 539) a vu une corrélation entre ces deux articles, et a pensé que la nullité prononcée par l'un est subordonnée à l'exécution des formalités prescrites par l'autre; en conséquence, elle a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Douai, du 1er. juin 1808, qui avait prononcé la validité de contrats de vente passés depuis la nomination d'un conseil, en se fondant sur le motif que le jugement, qui contenait cette nomination, n'avait pas été signifié à tous les Notaires de l'arrondissement, comme il

devait l'être alors, d'après la loi existante antérieurement au décret du 16 février 1807, dont nous parlerons dans le numéro suivant. Cette décision, conforme à l'avis de M. Maleville sur l'art. 501, respecte l'intérêt des tiers, qui ont contracté avec l'individu interdit ou pourvu d'un conseil ; elle a pour motif que le jugement n'est connu d'eux que par la publicité qu'il reçoit. Cependant, on peut y voir aussi de graves inconvéniens. L'effet de toute interdiction ou de toute nomination de conseil, pourrait être annullé ou prévenu par des aliénations que l'individu ferait immédiatement après le jugement. Il ne suffirait pas de répondre qu'alors les actes seraient susceptibles d'être annullés, comme dans le cas de l'art. 503 : car un acte annullable produit des effets jusqu'à ce que sa nullité ait été prononcée, et ces effets peuvent souvent être sans remède. L'avis de la Cour est favorable aux tiers contractans ; mais il est nuisible, et à l'individu interdit ou pourvu d'un conseil, et aux tiers qui ont provoqué le jugement, et à ceux qui sont intéressés à son exécution. Si le législateur eût voulu que l'art. 502 fût subordonné à celui qui le précède, il l'eût dit formellement, comme il le fait en pareil cas (par exemple, dans l'art. 1445). Enfin, l'art. 501 n'attache pas la peine de nullité à l'inexécution de ses formalités ; et l'art. 502 dit, en termes formels, que « l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet *du jour du jugement* ». Ce sont ces idées qui ont fait embrasser à M.

Merlin, et qui nous font également embrasser, l'opinion opposée à celle de la Cour.

681. Le décret du 16 février 1807, contenant le tarif des frais et dépends, porte (art. 175) : « Les Notaires seront tenus de prendre à leurs chambres de discipline, et de faire afficher, dans leurs études, l'extrait des jugemens qui auront prononcé des interdictions contre des particuliers, ou qui leur auront nommé des conseils, sans qu'il soit besoin de leur signifier les jugemens ». Ainsi, à la différence de ce qui se pratiquait auparavant, au lieu de signifier le jugement d'interdiction à chaque Notaire de l'arrondissement, le poursuivant n'est tenu qu'à en remettre un extrait au secrétaire de la chambre des Notaires, qui en donne un récépissé. Ce décret, « qui, comme l'a dit la Cour de Turin, trace et détermine le mode d'exécution qui est prescrit par l'art. 501 du Code civil, pour la publicité des jugemens portant interdiction ou nomination d'un conseil judiciaire, est du nombre de ces réglemens d'administration publique, annoncés par les orateurs du gouvernement, dans l'Exposé des motifs du Code, comme devant être le complément de la loi ». D'après lui, quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur la corrélation discutée dans le numéro précédent, entre les art. 501 et 502, il n'en faudra pas moins admettre, aujourd'hui, relativement à la formalité des affiches dans les études des Notaires, que cette formalité n'est plus qu'une obligation imposée aux Notaires, et non au poursuivant; qu'elle n'est plus

partie de la procédure ; qu'elle ne peut, dès-lors, nuire ni à la validité ni aux effets de l'interdiction (Turin, 4 janvier 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 144.—*Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 322.— *Denevers*, tom. X, 2e. part., pag. 116).

682. A plus forte raison, quand toutes les formalités prescrites par la loi ont été observées, les tiers qui contractent avec l'interdit, ou la personne pourvue d'un conseil judiciaire, ne peuvent-ils pas se plaindre du défaut de publicité à leur égard, sur le motif que ces mêmes formalités, et notamment l'exposition d'affiches, n'auraient pas été renouvelées dans le nouvel arrondissement où il aurait plu à l'interdit de contracter avec eux. Nul ne peut exiger, en effet, plus que la loi ne prescrit ; et la loi ne requiert l'observation de ces formalités que dans l'arrondissement où le jugement est rendu (*Cass.*, sect. civ., 29 juin 1819, cassant un jug. du trib. de commerce de Rouen, du 19 janvier 1818. *Sirey*, tom. XX, 1re. part., pag. 8).

683. Pour contracter valablement, il faut être capable de consentir. La volonté d'un insensé ou d'un furieux n'est point réputée propre à constituer un véritable consentement, dans le sens de la loi, parce que le mot consentement, *consensus*, suppose la propriété de sentir, avec l'autre contractant, d'avoir un sentiment ou une opinion des choses, fondée sur des réalités, et non sur des illusions, d'avoir le mouvement de la volonté libre, et non contraint ou forcé violemment par la fureur. Mais, pour opposer contre un acte le

défaut d'un tel consentement, il faut avoir ou des preuves légales de l'incapacité du contractant, ou des présomptions qui autorisent à faire la preuve judiciaire, ou des preuves matérielles, tellement coïncidentes avec le contrat même, que le contrat doive nécessairement tomber devant de telles preuves. Et si l'on n'oppose à l'acte que des présomptions tendantes à obtenir la preuve judiciaire, celles-là seulement pourront être admises qui auraient été expressément prévues par la loi. Car lorsqu'il s'agit à la fois et d'annuller un contrat, et de faire la preuve d'une cause qui tend à humilier son auteur et à affliger sa famille, on ne le peut que dans les cas où la loi permet expressément aux juges un semblable office. Tels sont les motifs de tout le système du Code sur cette matière, et des décisions que nous allons en tirer dans les quatre numéros suivans.

684. Si un contrat ne porte point en lui-même les preuves de la démence du contractant; si le contractant n'est point interdit, et si son interdiction n'a jamais été provoquée, le contrat ne pourra pas être attaqué, pour cause de démence, après la mort de l'individu (art. 504 du C. C.). Il ne pourra pas même l'être de son vivant, tant que l'interdiction n'aura pas été définitivement prononcée, quelqu'allégation qu'on fasse de la démence, quelques preuves qu'on offre d'en faire ; ou au moins, jusque-là, les juges ne pourront prononcer la nullité de l'acte (Paris,

7 janvier 1815. J. P., 2ᵉ. de 1815, pag. 530. — *Sirey*, tom. XV, 2ᵉ. part., pag. 83).

685. La présomption propre à faire admettre la preuve judiciaire de la démence, pour faire annuller un contrat, ne peut donc consister que dans l'interdiction même, prononcée, depuis l'acte, contre le contractant, s'il est encore vivant. C'est, en effet, après l'interdiction seulement que, dans ce cas, le Code (art. 503) permet d'annuller les actes antérieurs. Et ce que nous disons de l'interdiction, il faut le dire de la nomination d'un conseil judiciaire, parce que les raisons sont les mêmes. Mais remarquons bien que, à la différence des actes faits après l'interdiction, ou de ceux faits sans l'assistance du conseil après la nomination de conseil, les actes antérieurs ne sont pas nuls de plein droit, mais seulement annullables. Il faut encore la réunion de cette circonstance, que la cause de l'interdiction ait existé notoirement à l'époque de l'acte. On le décidait ainsi avant le Code civil, qui n'a point introduit, à cet égard, un droit nouveau (Poitiers, 18 floréal an IX. *Sirey*, tom. Iᵉʳ., 2ᵉ. part., pag. 681).

686. La présomption qui naît de l'interdiction prononcée, et qui autorise le juge à annuller les contrats antérieurs, pour cause de démence, n'est pas de ces présomptions légales qui dispensent de toute autre preuve ; elle n'est qu'une simple présomption assez forte pour donner droit à demander la preuve judiciaire de l'existence notoire de la démence, au tems du contrat. Et lors même

que le jugement d'interdiction, ou les enquêtes faites pour l'obtenir, établiraient que la démence existait en effet notoirement au tems du contrat, les parties intéressées, contre lesquelles on demanderait la nullité du contrat, seraient en droit d'exiger, en ce qui les intéresse, qu'il fût fait une nouvelle enquête avec elles : car ce qui a été jugé entre le demandeur et l'interdit ne peut nuire aux droits acquis antérieurement par les tiers. Pour attaquer de semblables droits, il faut que la preuve de la démence au tems du contrat soit faite avec ces tiers, afin qu'ils puissent y opposer tout ce qu'ils croiront propre à la détruire (Nîmes, 10 mars 1819. *Sirey*, tom. XX, 2e. part., pag. 82).

687. Après la mort de l'individu, la présomption qui naît de la simple provocation à l'interdiction poursuivie de son vivant, quoique non suivie du jugement, a, quant aux actes antérieurs, le même caractère et les mêmes effets que l'interdiction prononcée. Elle autorise la demande en nullité pour cause de démence des actes faits, soit avant, soit après cette provocation, quoiqu'ils ne portent pas en eux-mêmes la preuve de cette démence ; et cette nullité ne peut, non plus, être prononcée qu'après de nouvelles enquêtes faites avec les tiers intéressés au maintien de ces actes. Il n'importe aussi que la provocation en interdiction ait été abandonnée volontairement avant le décès, parce que la loi ne distingue pas entre la provocation abandonnée et celle qui n'a cessé d'être poursuivie, et que la ga-

rantie des tiers est dans les enquêtes qui doivent être faites avec eux (Paris, 13 juillet 1808. J. P., 1er. de 1809, pag. 73. — *Sirey*, tom. IX, 2e. part., pag. 221). Dans l'espèce, la provocation n'avait été abandonnée que par des vues d'économie, et au moyen de précautions prises par la police, lesquelles attestaient l'état de démence de l'individu.

688. Un autre effet principal de l'interdiction est la nécessité de la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur. Mais comme cette nomination est l'exécution même du jugement; et que, « en droit, on ne peut mettre à exécution un jugement de première instance, qu'après qu'il a été signifié à partie », il s'en suit qu'on ne peut procéder à cette nomination avant que le jugement d'interdiction ait été signifié à l'interdit; et qu'une nomination ainsi faite, serait irrégulière et nulle (*Cass.*, sect. civ., 13 octobre 1807, cassant, mais sur d'autres points, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 avril 1806. J. P., 1er. de 1808, pag. 81. — *Sirey*, tom. VII, 1re. part., pag. 473.—*Denevers*, tom. V, 1re. part., pag. 473).

689. Hors le cas prévu par l'art. 506, qui porte : « Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite », la tutelle du majeur interdit est toujours dative ; et en conséquence elle n'appartient, de plein droit, ni au survivant des père et mère (Bordeaux, 15 germinal an XIII. *Sirey*, tom. V, 2e. part., pag. 107), ni aux autres ascendans: et le survivant des père et mère ne peut nommer, par testament, ni par aucun autre

acte, un tuteur à son enfant majeur interdit, comme il pourrait en nommer un à son enfant mineur, d'après l'art. 397 (*Cass.*, sect. civ., 11 mars 1812, cassant un arrêt de la Cour de Caen du 12 mars 1811. J. P., 2e. de 1812, pag. 285. — *Sirey*, tom. XII, 1re. part., pag. 217.— *Denevers*, tom. X, 1re. part., pag. 516.—Paris, 1er. mai 1813. J. P., 2e. de 1813, pag. 294. — *Sirey*, tom. XIII, 2e. part., pag. 193). « Considérant, a dit la Cour de Cassation, que l'art. 390, donnant au survivant des père et mère la tutelle légitime de leurs enfans, et l'art. 397, donnant au dernier mourant d'eux le droit de choisir un tuteur, ne sont applicables qu'aux enfans mineurs non émancipés ; qu'il aurait fallu une disposition expresse du législateur pour étendre ces mêmes principes aux enfans majeurs interdits, et que cette disposition ne se trouve dans aucun article du Code ;—Que, au contraire, l'art. 505 a statué que, s'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur ; ce qui dit bien positivement que la tutelle d'interdit est purement dative, et n'appartient, de plein droit, à personne, sauf l'exception portée dans l'article suivant, exception qui doit être limitée au cas excepté, et ne peut être étendue à aucun autre ; qu'il faut d'autant plus se tenir à cette manière d'entendre l'art. 505 que le Tribunat, sur la communication officielle qui lui fut faite de cet article, ayant pensé que la tutelle de droit

du majeur interdit devait aussi appartenir aux ascendans, avait proposé une autre rédaction de l'article, dans laquelle le mot *nomination* était retranché, et portant seulement, *l'interdit sera pourvu d'un tuteur selon les règles prescrites au titre des tutelles ;* mais que cette rédaction ne fut pas adoptée, et l'article maintenu dans son premier contexte : circonstance qui met dans un plus grand jour encore l'intention du législateur qu'il soit pourvu à la nomination d'un tuteur à l'interdit, et qu'aucun, sauf le mari, suivant l'exception portée en l'art. 506, n'ait cette tutelle de droit; — Considérant que l'énonciation des règles prescrites au titre *de la Minorité*, *de la Tutelle et de l'Émancipation*, n'est insérée en l'art. 505 que pour ordonner la manière dont il serait pourvu à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur au majeur interdit, mais non pour étendre et appliquer d'une espèce à l'autre, tous les principes sur la déférence de la tutelle des mineurs non émancipés ; qu'il serait, en effet, absurde de supposer que le législateur a voulu dire plus dans une énonciation purement réglementaire que dans la partie essentiellement dispositive de l'art. 505 ; — Considérant que l'art. 509 du même Code n'assimile l'interdit au mineur que pour sa personne et pour ses biens ; qu'ainsi les lois sur la tutelle des mineurs, desquelles cet article veut l'application à la tutelle des interdits, ne sont que les lois sur ce qui regarde l'état d'incapacité du mineur, ensemble l'administration de ses biens, et nullement les lois sur la défé-

rence de la tutelle; qu'une autre interprétation ne convient ni aux expressions de cet article, ni à la place qu'il occupe, ni à ce qui a été statué dans l'art. 505 ».

690. « La femme pourra être nommée tutrice de son mari, dit l'art. 507 du Code; en ce cas, le conseil de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille ». La tutelle du mari interdit n'appartient donc pas non plus, de plein droit, à la femme. Cette tutelle peut être déférée à un autre par le conseil de famille, sans que la femme soit dans l'un des cas d'incapacité ou d'exclusion prévus par la loi, et sans que le conseil de famille soit tenu d'exprimer dans sa délibération les motifs de son choix : car, d'un côté, la tutelle de l'interdit est dative, et la nomination du tuteur appartient au conseil de famille, suivant l'art. 505; et, d'un autre côté, aucune loi n'impose à ce conseil l'obligation d'exprimer les motifs de sa délibération, comme l'a jugé la Cour de cassation, par l'arrêt que nous allons citer.

La Cour de Paris (7 janvier 1815. J. P., 2e. de 1815, pag. 25. — *Sirey*, tom. XV, 2e. part., pag. 76. — *Denevers*, tom. XIII, 2e. part., pag. 60) avait cependant jugé que la femme, ayant capacité pour être tutrice à l'interdiction de son mari, ne pouvait être privée de la tutelle que pour des causes graves; et, considérant qu'en fait, dans l'espèce, il n'avait été articulé aucun grief qui

pût faire présumer l'indignité ou l'incapacité de la femme, la Cour avait ordonné qu'elle serait et demeurerait tutrice de son mari interdit. C'était tout à la fois méconnaître le droit du conseil de famille de choisir le tuteur qui lui paraît le plus convenable, créer une obligation que ne lui impose pas la loi, et commettre un excès de pouvoir, en s'attribuant le choix même du tuteur, au lieu d'en renvoyer la nomination à une nouvelle délibération du conseil de famille, comme la Cour eût pu seulement le faire, si la première nomination eût été irrégulière ou nulle : car, « en attribuant au conseil de famille la nomination du tuteur sans l'assujettir à l'homologation de la justice, la loi, par-là même, l'a interdite aux tribunaux ». Aussi, et par ces motifs, cet arrêt a-t-il été cassé (*Cass.*, sect. civ., 27 novembre 1816. J. P., 1er. de 1817, pag. 392. — *Sirey*, tom. XVII, 1re. part., pag. 33. — *Denevers*, tom. XIV, 1re. part., pag. 569); et la Cour d'Orléans, à laquelle la cause a été renvoyée, a jugé dans le même sens que la Cour de cassation (Orléans, 9 août 1817. J. P., 3e. de 1817, pag. 417. — *Sirey*, tom. XVII, 2e. part., pag. 422).

691. Si la femme est nommée tutrice, comme alors elle représente son mari dans tout ce qui concerne la simple administration des biens, elle a, en cette qualité, non seulement l'administration de ses biens propres, mais encore celle des propres de son mari et celle de la communauté : mais elle ne peut aliéner ses biens sans se faire autoriser en justice; et elle ne peut aliéner ni les

biens de la communauté, sans remplir les formalités prescrites pour les mineurs, et il en est de même de tous les autres actes qui excèdent la simple administration. La raison en est que, à l'égard de ces deux espèces de biens, ses pouvoirs se bornent à ceux d'un tuteur.

692. Si, au contraire, la femme n'est point nommée tutrice de son mari interdit, ce n'est point à elle, mais au tuteur seul, qu'appartient l'administration de la communauté et des propres de l'un et de l'autre ; parce que ce tuteur représente seul le mari à qui appartenait cette administration.

Cela ne peut faire aucun doute à l'égard des propres du mari; et, par exemple, entre deux baux qui auraient été faits du même propre, l'un par le tuteur, l'autre par la femme, le premier seul devrait être maintenu (*Cass.*, sect. civ. 11 août 1818, cassant un arrêt de la Cour de Paris, du 25 mars 1817. J. P., 2e. de 1819, pag. 513. — *Sirey*, tom. XIX, 1re. part., pag. 17. — *Denevers*, tom. XVI, 1re. part., pag. 635) ; « Attendu que, par l'art. 450 du Code civil, le tuteur est chargé de prendre soin de la personne du mineur, et de le représenter dans tous les actes civils et d'administration de ses biens ; que, par l'art. 509 du même Code, l'interdit est assimilé au mineur, et que cet article porte précisément que les lois sur la tutelle des mineurs sont, en tout point, applicables à la tutelle des interdits ».

A l'égard des biens de la communauté, en vain, pour en accorder l'administration à la femme,

comme l'a fait la Cour de Bruxelles (11 floréal an XIII. *Sirey*, tom. VII, 2e. part., pag. 1025), argumenterait-on, par analogie, de l'art. 124 du Code, qui donne à la femme de l'absent aussi bien qu'au mari, le droit de prendre ou conserver, par préférence, l'administration de ses biens, en optant pour la continuation de la communauté. L'analogie n'est pas parfaite entre les deux cas; et, comme l'a dit la Cour d'Orléans, (arrêt du 9 août 1817 cité n°. 691) « La loi, en ne disposant pas que la communauté sera dissoute par l'interdiction, et en n'accordant pas la liberté d'y renoncer, comme dans le cas d'absence, a entendu implicitement que les biens qui la composent, doivent être soumis à la gestion du tuteur, chargé d'administrer la personne, et les biens de l'interdit, au lieu duquel elle l'a placé ». Nous ajouterons, pour rendre la différence plus sensible entre les deux cas, que, dans celui de l'absence, l'administration accordée à l'époux est le prix de son option pour la continuation de communauté, et qu'alors, l'envoi en possession provisoire n'ayant pas lieu, il n'y a point division de l'administration des biens; que, au contraire, dans le cas d'interdiction, l'administration serait divisée si on accordait à la femme non tutrice l'administration de la communauté, puisque le tuteur, conserverait nécessairement celle des propres du mari.

693. Mais la garde et la tutelle des enfants appartiennent à la femme, quoiqu'elle ne soit point tutrice de son mari, le droit légal de la mère à

cette garde et à cette tutelle commençant là où cesse la capacité du père (Orléans, même arrêt).

694. L'art. 511 du Code civil porte que, « lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi ». La Cour de Nîmes (3 janvier 1811. J. P., 2e. de 1811, pag. 220. — *Sirey* tom. XI, 2e. part., pag. 378. — *Denevers*, tom. IX, 2e. part., pag. 108) a appliqué avec raison cette disposition à l'enfant d'un sourd-muet qui ne savait ni lire ni écrire, et était hors d'état de manifester sa volonté; « Attendu que, quoique cet article ne semble d'abord applicable qu'aux enfans des personnes interdites pour fait de démence, fureur ou imbécillité, il l'est encore aux enfants de ceux que la nature a mis dans un état réel d'interdiction, en les privant de l'usage de l'ouïe et de la parole, et lorsqu'ils ne peuvent pas manifester leur volonté; que cette interprétation de la loi est d'autant plus juste et nécessaire, qu'elle est conforme aux principes de l'ancienne législation, d'après lesquels la cause actuelle doit être décidée; et qui portaient les mêmes dispositions en faveur des enfans des sourds et muets, ainsi que l'enseigne *Domat*, tom. I. tit. II. n° 12, et les *Institutes de Justinien*, liv. III. tit. 20; qu'il est impossible de priver les enfans des uns de la faculté accordée aux enfans des autres; que les mêmes motifs subsistent pour tous; que la loi protège les mariages des

citoyens et les encourage; et que ce serait condamner au célibat et porter le désordre dans la société, que de priver les enfans des sourds et muets, de la faculté de se marier : or, ce serait la leur refuser que de les priver d'une dot, qui seule peut décider un établissement dans nos mœurs ».

SECTION VI.

Différence entre l'interdiction civile et l'interdiction en matière criminelle.

695. *Cette différence existe et dans les causes et dans les effets.*

695. L'interdiction prononcée par un jugement civil, avons-nous dit n°. 671, diffère essentiellement, dans ses causes et dans ses effets, de l'interdiction suite légale d'un jugement en matière criminelle. Dans les causes : la première fondée sur l'incapacité de l'interdit, est en sa faveur, tandis que la seconde, fondée sur sa culpabilité, est toute contre lui. Dans les effets ; la première est plus étendue ; l'interdit y est privé de toute action, étant jugé incapable d'avoir une volonté : *furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.* L. 47, ff. *de Acquir hered*, et L. 40. ff. *de D. reg.* Il ne peut faire aucune affaire, donner aucun consentement ; à la différence du pupille qui peut en avoir une, avec l'autorisation du tuteur ; car le pupille n'est pas sans raison, mais seulement a une raison qui doit être aidée par celle de son tuteur : *Furiosus* (et la loi précé-

dente fait voir, quant à la capacité, entre le furieux et l'interdit, la parité qu'indique le raisonnement seul), *nullum negotium contrahere potest; pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.* L. 5. ff. *de D. reg.* : l'interdit est comme en état d'absence, *absentis loco est.* L. 124, *Ibid.* comme s'il n'était pas. Mais dans l'interdiction résultante d'un jugement criminel, l'individu n'est pas jugé incapable de volonté, mais seulement devant être privé, par punition, de l'exercice de cette volonté, pour certains droits, pour tous ceux que l'on regarde comme dépendans de l'association, dont on le retranche, pour les droits civils. Quant aux droits que l'on regarde comme ne dépendant pas, ou comme dépendans moins directement, de l'association, comme naturels, par exemple, ceux de vendre et d'acheter, l'exercice lui en est laissé; et, pouvant les exercer lui-même, il peut aussi se faire remplacer pour leur exercice. Ainsi, il faudra déclarer valable la procuration qu'il donnera pour vendre, acheter, ou pour exercer toutes les actions qui concernent sa propriété (Paris, 22 février 1812. J. P., 3e. de 1812, pag. 463).

CHAPITRE III.

Du Conseil judiciaire.

696. *De l'explication des mots* faiblesse d'esprit, *par rapport à la nomination de conseil.*

697. *Les dispositions des art. 503 et 504 du Code civil sont applicables aux actes de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire.*

696. La faiblesse d'esprit propre à nécessiter la nomination d'un conseil, n'est point celle qui constitue l'inhabileté au raisonnement ou à l'argumentation, mais seulement celle qui rend incapable d'administrer ses affaires (Angers, 10 prairial an XIII. *Sirey*, tom. VI, 2ᵉ. part., pag. 396).

697. D'après la similitude des causes, et la règle que les mêmes causes doivent amener une décision semblable, *ubi eadem ratio*, etc., on ne peut hésiter à penser que les dispositions des art. 503 et 504 relatives à l'interdiction, s'appliquent également au cas de nomination de conseil judiciaire; qu'ainsi, les actes antérieurs à la nomination du conseil peuvent être annullés, si la cause de cette nomination existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits; que, après la mort de l'individu auquel il a été donné un conseil pour cause de faiblesse d'esprit, ou pour lequel seulement on a provoqué la nomination de ce conseil, tous les actes qu'il a faits peuvent être attaqués, soit comme portant des traces de faiblesse d'esprit, soit comme consentis par une personne qui n'était pas, lors de ces actes, capable d'une volonté réfléchie, et que la preuve de ce dernier fait doit être admise.

FIN DU SECOND VOLUME.

APPENDICE

AU N°. 247 (Ier. VOLUME, PAGE 406).

Nous avons promis, à la fin du premier volume, de parler d'une Consultation de plusieurs avocats distingués de Rennes, sur l'effet des mariages contractés en pays étrangers par les émigrés pendant leur mort civile.

Les auteurs de cette Consultation, annoncée comme destinée à faire partie de l'ouvrage de M. Toullier, qui en est le rédacteur, y combattent un arrêt de la Cour de cassation, du 16 mai 1808, que nous avons cité et approuvé n°. 247, pag. 406 de notre premier volume, arrêt qui déclare que « le mariage contracté pendant que les parties étaient l'une et l'autre en état de mort civile, a été radicalement nul dans son principe ». Les auteurs de la Consultation soutiennent, au contraire, « qu'en s'attachant uniquement aux dispositions de la loi ancienne, aux lois intermédiaires et aux dispositions du Code civil, il ne paraît pas qu'on puisse raisonnablement douter que les mariages contractés dans l'étranger par les émigrés, pendant le tems qu'ils ont été considérés comme morts

civilement en France, ne soient valides et ne produisent les effets civils, depuis le rappel des émigrés et leur rétablissement dans tous leurs droits, mais sans rétroaction ».

Comme l'occasion de discuter cette question deviendra, de jour en jour, plus rare, par le seul effet de l'éloignement des circonstances, qui en ont fourni le sujet, et comme elle n'intéresse pas directement les Notaires, nous n'entrerons point dans l'examen particulier de tous les moyens donnés à l'appui de cette opinion. Nous nous bornerons à indiquer très-brièvement l'ordre d'idées principales sur lesquelles on les fonde, et les raisons que nous avons de persister dans l'approbation que nous avons donnée à l'arrêt de la Cour de cassation.

Les moyens principaux de la Consultation sont :

Que le contrat de mariage est de droit naturel; qu'il faut reconnaître, dans tout mariage, le lien naturel, la sanction religieuse et le lien civil ;

Que les individus frappés de mort civile ne sont privés que de leurs droits civils ; qu'ils peuvent donc contracter un mariage, qui n'aura pas, il est vrai, d'effets civils, mais qui sera valable comme lien naturel ;

Que la jurisprudence ancienne, après avoir varié longtems, a été fixée par l'ordonnance de 1639, dont l'art. 6 est ainsi conçu : « Voulons aussi que la même peine (l'incapacité de succéder) ait lieu contre les enfans procréés par ceux qui se marient, après avoir été condamnés à mort,

même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si, avant leur décès, ils n'ont été remis au premier état, suivant les lois »;

Que, depuis cette ordonnance, l'opinion des jurisconsultes et la jurisprudence des Parlemens ont été arrêtées sur la validité de ces sortes de mariage, sous le rapport du lien naturel; et qu'il est demeuré constant aussi que le condamné à mort, soit contradictoirement, soit par contumace, qui s'était marié durant sa mort civile, acquérait de plein droit tous les effets civils du mariage, par le seul retour à la vie civile;

Que le mariage contracté pendant la mort civile était tellement valable, comme lien naturel, que les enfans qui en naissaient n'étaient point considérés comme bâtards; qu'ils pouvaient être ordonnés prêtres, et être promus aux bénéfices;

Que les lois intermédiaires n'ont rien changé à cette jurisprudence : qu'une loi de vendémaire an III, postérieure à celles qui frappaient les émigrés de mort civile, reconnaît la nécessité du divorce pour dissoudre le mariage de l'émigré;

Que, sous les lois nouvelles, le texte de l'art. 25 du Code civil et les discussions qui eurent lieu au Conseil d'Etat, sur la rédaction de cet article, prouvent que l'intention des auteurs du Code n'a point été de donner à la mort civile l'effet de rompre ou d'empêcher le lien naturel du mariage, mais seulement de rompre ou d'empêcher le lien civil;

Que, depuis la mise à exécution du Code

civil, une lettre du ministre de la justice, en donnant à un émigré amnistié, qui s'était marié en pays étranger avant l'amnistie, le conseil de faire inscrire son acte de mariage, conformément à l'art. 171 du Code civil, indique suffisamment que l'opinion du ministre était que le mariage, contracté régulièrement par l'émigré, pendant sa mort civile, acquérait tous les effets civils du mariage, par le seul retour de l'émigré à la vie civile ;

Que la Cour de cassation elle-même a reconnu que les émigrés n'étaient morts civilement qu'à l'égard de la France, et que, en acquérant un nouveau domicile à l'étranger, ils pouvaient y jouir de tous les droits civils, y ester en jugement, y faire des acquisitions, des échanges, des sociétés, etc. Ils pouvaient donc, en conclue-t-on, y contracter un mariage valable, en suivant les formes du pays; ils pouvaient y devenir époux légitimes au regard de l'étranger; et, du moment qu'ils sont rendus à la vie civile en France, ils doivent y jouir, comme ils jouissaient à l'étranger, de tous les droits attachés à la qualité d'époux légitimes, sans préjudicier toutefois aux droits acquis à des tiers.

Quelque spécieux que soient ces argumens, ils ne nous ont pas paru détruire les motifs de l'arrêt de Cassation du 16 mai 1808. Ces motifs sont ainsi conçus :

« Attendu que l'art. 7 du tit. II de l'acte constitutionnel du 5 septembre 1791, porte que la loi ne considère le mariage que comme un contrat

civil ; que l'art. 1er. de la loi du 28 mars 1793 déclare les émigrés morts civilement ; et que l'art. 1er. de la loi du 12 ventose an VIII porte que les émigrés ne peuvent invoquer le droit civil des Français ; — Attendu qu'il est contre la nature des choses que des condamnés à la mort civile puissent contracter un mariage qui produise des effets civils, comme l'a proclamé l'art. 25 du Code civil ; — Attendu qu'il résulte de l'art. 15 du sénatus-consulte du 6 floréal an X, que ce n'est qu'à compter de cette époque, que les émigrés amnistiés doivent être considérés comme réintégrés dans leurs droits de citoyens, etc ».

C'est avec raison que la Cour de cassation ne s'est point occupée de la législation antérieure à la Constitution de 1791. Cependant, pour ne laisser sans réponse aucune partie de la consultation, nous allons dire quelques mots de l'ancienne législation.

L'ancienne jurisprudence n'était pas aussi constante et aussi positive, sur ce point, que paraissent le penser les auteurs de la consultation.

Nous voyons, dans Louet et Brodeau, au mot *Condamnés par contumace*, que ceux qui avaient encouru la mort civile étaient incapables non seulement des actes du droit civil, mais encore incapables des actes du droit des gens ; parce que, ainsi que le disent ces arrêtistes, *efficiuntur servi pœnæ*, ils deviennent esclaves de la peine.

Il est vrai que quelques auteurs plus modernes, et notamment Pothier, disent que les condamnés à mort pouvaient contracter mariage ; et que,

bien que le mariage contracté durant la mort civile fût privé de tous les effets civils, tels que la communauté conjugale, la puissance maritale, le douaire, etc., cependant il ne laissait pas d'être valable, comme lien naturel; ensorte que l'époux du condamné ne pouvait contracter un autre mariage, tant que son conjoint vivait, et les enfans qui naissaient de ce mariage, n'étaient point réputés bâtards : ils pouvaient être promus aux ordres sacrés, et à des bénéfices. Mais il faut considérer que, alors, le mariage était administré par l'église seule, qu'elle l'administrait plutôt encore comme sacrement que comme lien civil, et que l'autorité temporelle ne se croyait pas en droit d'empêcher l'administration des sacremens par l'autorité spirituelle, et de nuire, en aucune manière, aux effets religieux de ce sacrement. Or, l'un des effets principaux du sacrement de mariage était l'indissolubilité du lien conjugal. La loi et les auteurs ne faisaient donc que respecter le sacrement et son indissolubilité, en refusant alors à l'époux du condamné le pouvoir de contracter un autre mariage, tant que son conjoint vivait. Quant aux enfans, l'église ne pouvait les repousser ni des ordres, ni des bénéfices, comme bâtards, puisqu'elle-même avait formé le nœud matrimonial des père et mère. Toutefois, la loi privait ces mariages de tout effet civil; et, si les enfans étaient réputés légitimes sous le rapport du lien religieux, ils étaient illégitimes aux yeux de la loi civile, qui les déclarait incapables de toute succession.

Voilà pour la nullité du mariage, tant que durait la mort civile : voyons maintenant s'il acquérait, de plein droit, les effets civils, par le seul retour à la vie civile du condamné. On cite, pour l'affirmative, l'ordonnance de 1639. Mais ces mots de l'ordonnance, *remis au premier état*, nous paraissent indiquer, non les condamnés qui étaient rendus à la vie civile seulement à compter du jour de l'absolution, mais bien ceux qui y étaient rendus de telle manière qu'ils étaient réputés ne l'avoir jamais perdue, comme les condamnés par contumace, qui se représentaient avant les cinq ans, ou les condamnés, soit contradictoirement, soit par contumace, qui obtenaient leur absolution à titre de justice, et non de grâce. Et alors il était tout simple que l'on considérât comme valable et légitime, le mariage contracté par eux durant leur mort civile ; puisque, par l'absolution à titre de justice, ou par la représentation dans les cinq ans de la contumace, la mort civile était réputée n'avoir jamais été encourue. M. Merlin entend également ces expressions, *remis au premier état*, comme s'appliquant à ceux qui obtiennent l'absolution à titre de justice ; mais, en restreignant l'application de l'ordonnance aux condamnés par contumace qui se représentaient dans les cinq ans, il a fourni aux auteurs de la consultation un juste sujet de lui objecter que l'ordonnance y comprenait aussi les condamnés contradictoirement, puisque ces expressions, *même par défaut*, n'étaient manifestement ajoutées que pour empêcher de soute-

nir que la loi et la peine qu'elle prononce, ne s'appliquaient qu'aux condamnations contradictoires, et non aux condamnations par contumace.

Au reste, l'ancienne législation présenta-t-elle quelque doute, elle ne serait d'aucune autorité dans une question régie par une loi différente dans ses termes, comme dans son esprit : examinons donc cette nouvelle loi, et les motifs que la Cour en a déduits pour appuyer son arrêt.

On voit que la Cour de cassation n'a point songé à la distinction établie par les auteurs entre le lien naturel, la sanction religieuse et le lien civil du mariage. Elle pose seulement en fait que la législation qui gouvernait l'espèce, ne considérait, dans le mariage, que le contrat civil; et elle en conclut que l'émigré, mort civilement, et d'ailleurs incapable d'invoquer le droit civil des Français, n'a pu contracter un mariage valable, sous quelque rapport que ce fût, aux yeux de la loi française. Elle rattache même à sa décision l'art. 25 du Code civil, bien qu'il ne parle que des effets civils du mariage, parce que cet article doit s'entendre dans l'esprit de la législation générale, sous l'influence de laquelle il a été écrit; législation qui ne reconnaissait, dans le mariage, que le contrat civil, suivant l'acte constitutionnel de 1791.

Qu'importe, en effet, que le mariage soit un contrat de droit naturel, si, en fait, la loi n'a voulu reconnaître le mariage que comme contrat civil, si elle ne donne le secours de son autorité qu'au contrat civil du mariage ?

Les contrats de droit naturel sont, comme les contrats de droit civil, soumis à toutes les conditions de validité qu'il plaît à la loi de leur imposer. Elle peut non seulement en régler les formes probantes, mais aussi les conditions d'habileté ou de capacité pour les faire. L'ancienne législation, qu'invoquent les auteurs de la consultation, nous en fournit deux exemples à l'égard du mariage : 1°. les mariages *par paroles de présent*, c'est-à-dire les contrats par lesquels les parties déclaraient, devant Notaires, se prendre pour époux, étaient absolument nuls, et ne formaient pas même un lien naturel de mariage valable ; et cependant toutes les conditions voulues par le droit naturel, pour la validité du contrat, pouvaient s'y trouver réunies, consentement des parties, capacité pour contracter mariage, et de plus, preuve suffisante pour les tiers, par la certitude de date, et par le caractère d'authenticité attaché aux actes notariés : 2°. les mariages contractés par les enfans de famille, quoique majeurs, sans le consentement de leurs père et mère, étaient nuls, et ne valaient pas même comme lien naturel.

Si la législation antérieure avait annullé, dans ces deux cas particuliers, le lien naturel du mariage, pourquoi la législation nouvelle n'aurait-elle pas pu frapper de la même nullité, tout mariage naturel qui n'aurait pas été contracté avec toutes les conditions de validité requises pour le contrat civil. Et, en déclarant qu'elle ne considérait dans le mariage que le contrat civil, n'a-t-elle

pas, par là même, prohibé ou déclaré nul tout mariage qui n'aurait été formé que selon le droit naturel ou religieux. Or, quelqu'importante que soit la place qu'occupe le mariage dans le droit naturel, il doit nécessairement céder à l'empire de la loi; car aucun contrat ne peut valoir contre la prohibition de la loi : *Nullum contractum, nullum conventum lege contrahere prohibente.*

Dire, avec M. Toullier, que ce n'est pas par opposition au contrat naturel, mais seulement par opposition au sacrement de mariage que la constitution de 1791 a déclaré ne considérer le mariage que comme contrat civil; c'est distinguer là où la loi ne distingue pas, et restreindre l'exclusion au sacrement ou à la sanction religieuse, lorsque les termes de la loi excluent généralement tout ce qui n'est pas contrat civil; et, par conséquent, le contrat naturel, comme la sanction religieuse du mariage. Et d'ailleurs, on ne voit pas quel motif le législateur pouvait avoir de respecter plutôt le lien naturel, que le lien religieux.

L'objection tirée des lois intermédiaires et notamment de la loi de vendémiaire an III, qui reconnait la nécessité du divorce pour dissoudre le mariage à l'égard des émigrés quoique dès lors frappés de mort civile, prouve seulement que les auteurs de cette loi n'ont pas pensé que la mort civile pût dissoudre le lien naturel du mariage, quand ce mariage avait été contracté avec toutes les conditions requises pour sa validité comme

contrat civil. Mais elle ne prouve pas qu'ils aient aussi pensé qu'on pût contracter un mariage naturel valable, sans le contracter en même temps valable comme mariage civil. Dans le premier cas, le mariage naturel avait reçu sa sanction de la loi ; et la loi, en ne détruisant expressément que ses effets civils, avait pu laisser subsister le lien naturel qu'elle avait reconnu. Mais dans le second cas, elle n'est point obligée de respecter un lien qui n'a jamais reçu sa sanction, et qui même, depuis la loi de 1791, serait réputé contracté contre sa prohibition ; c'est une distinction bien intéressante, que n'a point faite M. Toullier.

Reste donc l'autorité seule des lois nouvelles. En vain on argumente des discussions du conseil d'état sur l'art. 25 du Code civil, des termes même de cet article et d'une lettre du ministre de la justice, du 5 germinal an XII. On voit bien dans ces discussions que l'on a refusé d'admettre le principe que l'époux acquerait, par le seul effet de la condamnation à la mort civile de l'autre époux, le droit de contracter un autre mariage, et qu'on a voulu ne pas permettre de dissoudre autrement que par le divorce le lien naturel légalement formé : mais on n'y voit pas que les auteurs de la loi aient entendu accorder la même protection au mariage qui, étant contracté durant la mort civile, n'aurait jamais reçu la sanction des lois.

Et qu'importe que l'art. 25 ait dit seulement que le condamné est incapable de contracter un mariage qui *produise aucun effet civil?* La loi n'a

voulu, dans cette disposition, que respecter les opinions religieuses de ceux qui, ayant épousé, à l'étranger, un condamné Français, se croiraient engagés à ne plus rompre ce lien. Cette rédaction est une suite du principe qui a visiblement guidé la loi dans toutes ses dispositions relatives au mariage, la distinction entre le lien civil et le lien religieux; sans que l'on voie qu'elle se soit occupée nulle part d'une distinction entre le lien civil et le lien naturel, et que dès lors rien puisse faire admettre cette dernière dans cet art. 25.

Quant à la lettre du Ministre, elle n'est que l'expression d'une opinion particulière, sans autorité pour les tribunaux. Au surplus, la réponse à l'argument qu'on pourrait tirer de cette lettre du Ministre se trouve dans une autre lettre écrite par lui à M. Merlin, le 25 novembre 1806. «Vous y verrez, disait-il, que j'ai indiqué au sieur Devesvrotte les articles du Code qui fixent la manière dont on doit faire insérer en France, sur les registres de l'état civil, les mariages contractés dans l'étranger. Je ne me suis point occupé de la validité d'un pareil mariage; cela regarde les tribunaux ».

Nous n'avons plus à répondre qu'à l'objection qui consiste à dire que la mort civile ne frappait l'émigré que relativement à la France, et que, en conséquence, il pouvait, en acquérant domicile à l'étranger, y jouir, comme étranger, de tous ses droits civils, y ester en jugement; et que les jugemens rendus à l'étranger, entre émigrés, n'ont eu besoin ensuite, pour recevoir leur exé-

cution en France, après l'amnistie, que d'être rendus exécutoires par un tribunal français.

C'est ce que nous avons reconnu nous-mêmes (nos. 260 et 261); mais nous avons ajouté que si la base ou cause du jugement était un contrat du droit civil, le contrat, quoique valable à l'étranger, serait sans effet, en France, à l'égard des tiers; et que le jugement, valable sous le rapport de ses formes, serait pareillement sans effet contre les tiers, faute d'existence civile du titre dont il ordonnerait l'exécution.

Il faut dire la même chose de l'état civil acquis à l'étranger par l'émigré durant sa mort civile. Il a pu acquérir, au regard de l'étranger, l'état d'époux légitime, et ses enfans l'état d'enfans légitimes. Mais l'émigré n'ayant pu acquérir cet état à l'égard de la France, parce qu'elle lui refusait tous droits civils, l'amnistie ne fait point revivre, de plein droit, en lui cet état civil, qu'il n'a jamais acquis à l'égard de la France. Car, pour réclamer un droit ou un état civil, il faut être non seulement capable de ce droit ou de cet état au moment où on en réclame l'exercice ou la jouissance, mais encore avoir été capable de l'acquérir au moment où on prétend l'avoir acquis ou en avoir reçu le germe. L'émigré ne peut pas prétendre être assimilé, en ce cas, à l'étranger, parce que nos lois ne refusent pas à l'étranger la qualité d'époux légitime, et qu'elles la refusent, au contraire, au Français mort civilement, qui se marie même à l'étranger.

TABLE

DU SECOND VOLUME.

Suite du livre Ier. du Code civil.

DES PERSONNES.

FIN DE LA TABLE DU SECOND VOLUME.

ERRATA.

Page 16, *ligne* 28, pouvait *lisez* pourrait. *Pag.* 31, *lig.* 32, et *l.* est. *Pag.* 37, *lig.* 18, depuis l'ouverture *l.* avant l'ouverture. *Pag,* 64, *lig.* 29, le mariage civil des *l.* la prohibition du mariage des. *Pag.* 73, *lig.* 13, nº. 6 *l.* n.º 376. *Pag.* 80, *lig.* 10, la comparution *l.* le défaut de la comparution. *Pag.* 112, *lig.* 22 et 23, également *l.* même. *Pag.* 112, *lig.* 25, s'il ne devient pas incapable *l.* ou si, au contraire, son autorisation ne devient pas alors insuffisante. *Pag.* 118, *lig.* 10, fourni *l.* souscrit. *Pag.* 121, *lig.* 9, ou *l.* et. *Pag.* 138, *lig.* 3, n'a à statuer *l.* n'a statué. *Pag.* 138, la dernière, et 139, *lig.* 10, nº. 443 *l.* 444. *Pag.* 145, *lig.* 5, sont insuffisantes *l.* est insuffisante; *Pag.* 145, *lig.* 21 et 22, *après les mots :* séparément et antérieurement *ajoutez* : mais non postérieurement. *Pag.* 149, *lig.* 26, l'obligation nécessaire *l.* l'obligation accessoire. *Pag.* 165, *lig.* 4, qu'il cessait *l.* qu'elles cessaient. Id. *lig.* 5, où il n'était *l.* où le statut n'était. *Pag.* 171, *lig.* 11, actions matrimoniales *l.* conventions matrimoniales. *Pag.* 228, *lig.* 6, élever ces difficultés *l.* lever ces difficultés. *Pag.* 243, *lig.* 15, constater *l.* contester. *Pag.* 285, *lig.* 24, à l'enfant légitime *l.* à l'enfant légitimé. *Pag.* 316, *lig.* 7, validité ; même sous *l.* validité, sous. *Pag.* 326, *lig.* 26, avant le consentement *l.* avec le consentement. *Pag.* 346, *lig.* 31, Joubert *l.* Jaubert. *Pag.* 372, *lig.* 5, judiciaire *l.* fiduciaire. *Pag.* 384, *lig.* 5 et 6, nous avons dit qu'elle ne donnait pas *l.* nous avons dit (nº. 552) qu'elle donnait. *Pag,* 400, *lig,* 13, requis *l.* acquis. *Pag.* 411, *lig.* 21, rapproché *l.* reproché. *Pag.* 433, *lig.* 4, en disant *l.* qui, en disant; et *lig.* 20, n.º 642 *l.* 641. *Pag.* 434, *lig.* 23, l'arrêt de compte *l.* l'arrêté de compte. *Pag.* 450, *lig. dernière*, Bonisque *l.* Bonis quæ. *Pag.* 463, *lig.* 18, l'administration *l.* l'administrateur. *Pag.* 468, *lig..* 25, demeure *l.* démence. *Pag.* 469, *lig.* 16, d'un conseil *l.* du conseil. *Pag.* 478, *lig.* 4, portant *l.* portait.





